



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2017 Vol. 1**

**1<sup>er</sup> cahier, 2017 Vol. 1**

Cited as [2017] 1 S.C.R. 3-281

Renvoi [2017] 1 R.C.S. 3-281

---

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

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

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ                      MANON PLOUFFE

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

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



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 1, 2017**

**1<sup>er</sup> volume, 2017**

## CONTENTS

### **Ernst v. Alberta Energy Regulator ..... 3**

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Remedy — Damages — Claim brought against statutory board seeking Charter damages for breaching right to freedom of expression — Board applying to strike claim on basis of immunity clause — Whether claim for Charter damages should be struck out because it discloses no cause of action — Whether immunity clause is constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars claim against board for Charter damages — Whether constitutional question should be decided at this stage of proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10, s. 43.

### **R. v. Awer ..... 83**

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Expert evidence — Forensic DNA analysis — Trial judge unwarrantedly subjecting evidence of Crown and defence DNA experts to materially different levels of scrutiny — Conviction quashed and new trial ordered.

### **R. v. Clark ..... 86**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Remedy — Exclusion of evidence — Telewarrant sought by police officer to investigate theft of electricity — Judicial justice questioning officer as to reasons for which telewarrant sought — Court of Appeal finding that impartiality of judicial justice not compromised by conversation with officer — Court of Appeal finding that impracticability requirement for issuance of telewarrant met and exclusion of evidence unwarranted — Setting aside of acquittals and order for new trial upheld.

## SOMMAIRE

### **Ernst c. Alberta Energy Regulator ..... 3**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Réparation — Dommages-intérêts — Demande de dommages-intérêts présentée en vertu de la Charte contre un office créé par la loi pour violation du droit à la liberté d'expression — Office sollicitant la radiation de la demande sur la base d'une disposition d'immunité — Y a-t-il lieu de radier la demande de dommages-intérêts fondée sur la Charte parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action? — La disposition d'immunité est-elle inapplicable ou inopérante du point de vue constitutionnel en ce qu'elle fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l'office en vertu de la Charte? — Y a-t-il lieu de trancher la question constitutionnelle à ce stade de l'instance? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10, art. 43.

### **R. c. Awer ..... 83**

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Preuve d'expert — Analyse génétique — Témoignages des experts en ADN de la Couronne et de la défense soumis de manière injustifiée par le juge du procès à des degrés fondamentalement différents d'examen — Déclaration de culpabilité écartée et nouveau procès ordonné.

### **R. c. Clark ..... 86**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Réparation — Exclusion de la preuve — Télémandat sollicité par un policier afin d'enquêter sur un vol d'électricité — Policier questionné par le juge de paix judiciaire au sujet des raisons invoquées au soutien de la demande de télémandat — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'impartialité du juge de paix judiciaire n'a pas été compromise par la conversation avec le policier — Conclusion de la Cour d'appel portant que la condition d'incommodité requise pour la délivrance du télémandat était respectée et que l'exclusion de la preuve n'était pas justifiée — Annulation des acquittements et ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès confirmées.

## CONTENTS (Continued)

### **R. v. Bédard ..... 89**

Criminal law — Defences — Officially induced error — Wildlife and fisheries officers charged with assault causing bodily harm after warrantless arrest attempt — Stay of proceedings ordered at trial on basis that officers' acts were based on officially induced error of law — Stay of proceedings set aside by Court of Appeal and officers found guilty — Convictions upheld.

### **R. v. Natewayes ..... 91**

Criminal law — Evidence — Assessment — Accused driving group of men to house so they could assault one individual — Fatal stabbing of another individual occurring during home invasion committed by men — Accused charged with manslaughter and breaking and entering with intent to commit indictable offence — Acquittal on manslaughter charge set aside by Court of Appeal and conviction entered — Court of Appeal concluding that it was open to trial judge to find that accused knew home invasion was about to happen — Accused's conviction for manslaughter upheld.

### **B.C. Freedom of Information and Privacy Association v. British Columbia (Attorney General) ..... 93**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Elections — Individuals or organizations who wish to “sponsor election advertising” required by Election Act to register with Chief Electoral Officer — Meaning of “sponsor” of “election advertising” — Whether individuals engaged in political self-expression come within definition of “sponsor” and need to register — Whether registration requirement is a reasonable and demonstrably justified limit on expression of sponsors who spend less than \$500 on election advertising — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, ss. 228 “election advertising”, 229, 239.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. Bédard ..... 89**

Droit criminel — Moyens de défense — Erreur provoquée par une personne en autorité — Agents de la faune et des pêches accusés de voies de fait infligeant des lésions corporelles suite à une tentative d'arrestation sans mandat — Arrêt des procédures prononcé en première instance au motif que les agents ont agi sur la foi d'une erreur de droit provoquée par une personne en autorité — Arrêt des procédures annulé par la Cour d'appel et agents déclarés coupables — Déclarations de culpabilité confirmées.

### **R. c. Natewayes ..... 91**

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Groupe d'hommes conduit par l'accusée à une maison en vue d'y agresser une certaine personne — Personne différente poignardée à mort pendant le braquage à domicile commis par ces hommes — Accusée inculpée d'homicide involontaire coupable et d'introduction par effraction dans un dessein criminel — Acquitement écarté par la Cour d'appel quant à l'accusation d'homicide involontaire coupable et verdict de culpabilité consigné — Conclusion de la Cour d'appel portant qu'il était loisible au juge du procès de statuer que l'accusée savait qu'un braquage à domicile était sur le point d'avoir lieu — Déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusée pour homicide involontaire coupable confirmée.

### **B.C. Freedom of Information and Privacy Association c. Colombie-Britannique (Procureur général) ..... 93**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Élections — L'Election Act oblige le particulier ou l'organisation qui souhaite « commanditer de la publicité électorale » à s'inscrire auprès du directeur général des élections — Signification de « commanditaire » de « publicité électorale » — Le particulier qui s'exprime politiquement à titre personnel tombe-t-il sous le coup de la définition de « commanditaire » et est-il tenu de s'inscrire? — L'obligation de s'inscrire constitue-t-elle une restriction de la liberté d'expression du commanditaire dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer lorsque les dépenses électorales d'un commanditaire sont inférieures à 500 \$? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, art. 228 « election advertising » (publicité électorale), 229, 239.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Sabeau v. Portage La Prairie Mutual Insurance Co. .... 121**

Insurance — Automobile insurance — Excess insurance policy — SEF 44 Endorsement — Deductions — Insured awarded damages for injuries sustained in motor vehicle accident — Tortfeasor's insurance coverage inadequate to cover quantum of jury award — Clause of insured's Endorsement stipulating that amounts recoverable under "any policy of insurance providing disability benefits or loss of income benefits or medical expense or rehabilitation benefits" must be deducted from shortfall of damages award in determining amount payable by insurer — Whether Canada Pension Plan is a "policy of insurance providing disability benefits" within meaning of Endorsement.

### **Nelson (City) v. Mowatt ..... 138**

Property — Real property — Adverse possession — Required elements — Successive occupants — Possessors of land alleging that their predecessors acquired title to disputed lot by adverse possession and seeking declaration that they are owners of lot — Chambers judge found gap in evidence for period of four years interrupted continuity of adverse possession — Whether evidence put before chambers judge was sufficient to bridge evidentiary gap — Whether Court of Appeal erred by substituting its own findings of fact for those properly arrived at by chambers judge — Whether inconsistent use requirement forms part of law of British Columbia.

### **R. v. Clifford ..... 164**

Criminal law — Evidence — Alibi — Similar fact evidence — Fire set to garage and trees destroyed on victims' property — Trial judge finding that accused deliberately provided false alibi — Trial judge assessing defence theory that someone other than accused was responsible for prior acts of vandalism against victims — Court of Appeal finding that deliberately false alibi could properly be relied upon by trial judge as evidence of guilt — Court of Appeal concluding that trial judge did not make improper use of prior vandalism evidence as similar fact evidence supporting conviction — Convictions upheld.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Sabeau c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co. .... 121**

Assurances — Assurance automobile — Police de garantie complémentaire — Avenant SEF 44 — Déductions — Jugement accordant à l'assuré des dommages-intérêts pour des blessures subies dans un accident d'automobile — Couverture d'assurance de l'auteur du délit insuffisante pour payer le montant des dommages accordés par le jury — Clause de l'avenant de l'assuré prévoyant que, pour l'établissement du montant payable par l'assureur, les montants recouvrables aux termes « de toute police d'assurance stipulant une indemnité d'invalidité ou de réadaptation, ou une indemnité pour manque à gagner ou frais médicaux » doivent être déduits de la somme manquante des dommages-intérêts accordés — Le Régime de pensions du Canada constitue-t-il une « police d'assurance stipulant une indemnité d'invalidité » au sens de l'avenant?

### **Nelson (City) c. Mowatt ..... 138**

Biens — Biens réels — Possession adversative — Éléments exigés — Occupants successifs — Allégation par les possesseurs d'un bien-fonds que leurs prédécesseurs avaient acquis le lot en litige par possession adversative et sollicitation de leur part d'une déclaration attestant de leur statut de propriétaire du lot — Lacune dans la preuve quant à quatre années d'interruption de la continuité de la possession adversative selon le juge en cabinet — La preuve présentée au juge en cabinet était-elle suffisante pour pallier la lacune de la preuve? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant ses propres conclusions de fait à celles qu'a correctement tirées le juge en cabinet? — L'exigence de l'usage incompatible fait-elle partie du droit de la Colombie-Britannique?

### **R. c. Clifford ..... 164**

Droit criminel — Preuve — Alibi — Preuve de faits similaires — Garage incendié et arbres détruits sur la propriété des victimes — Conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé aurait délibérément fourni un faux alibi — Considération par le juge du procès de la thèse de la défense selon laquelle quelqu'un d'autre que l'accusé aurait été responsable d'actes de vandalisme antérieurs commis contre les victimes — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'alibi délibérément faux pouvait à bon droit être invoqué par le juge du procès comme un élément de preuve tendant à établir la culpabilité — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès n'a pas irrégulièrement utilisé la preuve relative aux actes de vandalisme antérieurs comme preuve de faits similaires appuyant la déclaration de culpabilité — Déclarations de culpabilité confirmées.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **R. v. Brown ..... 166**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Fresh evidence — Accused charged with second degree murder and assault with a weapon following shooting — Accused seeking to adduce new evidence on appeal consisting of statements of witness made at trial of co-accused and to police after accused's trial and suggesting he was not shooter — Court of Appeal finding that criteria for admission of new evidence met and that new evidence should be admitted — Admission of fresh evidence, setting aside of convictions and order for new trial upheld.

### **R. v. Olotu ..... 168**

Criminal law — Appeals — Misapprehension of evidence — Unreasonable verdict — Accused convicted of sexual assault causing bodily harm — Court of Appeal finding that trial judge did not misapprehend evidence — Verdict not unreasonable — Conviction upheld.

### **R. v. Bingley ..... 170**

Criminal law — Evidence — Expert evidence — Admissibility — Drug recognition evaluation — Drug recognition expert certified under statutory scheme determining accused driving while drug impaired — Whether s. 254(3.1) of Criminal Code provides for automatic admissibility at trial of opinion evidence of such expert — If not, whether that testimony admissible as expert opinion pursuant to common law rules of evidence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(3.1) — Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations, SOR/2008-196.

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. Brown ..... 166**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Nouveaux éléments de preuve — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré et d'agression armée à la suite d'une fusillade — Demande présentée par l'accusé afin d'être autorisé à produire lors de l'appel de nouveaux éléments de preuve constitués de déclarations faites par un témoin au procès d'un coaccusé et aux policiers après le procès de l'accusé et tendant à indiquer qu'il n'était pas une des personnes ayant tiré des coups de feu — Conclusion de la Cour d'appel portant que les critères d'admissibilité de nouveaux éléments de preuve étaient respectés et que les nouveaux éléments proposés devaient être admis — Admission de nouveaux éléments de preuve, annulation des déclarations de culpabilité et ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès confirmées.

### **R. c. Olotu ..... 168**

Droit criminel — Appels — Interprétation erronée de la preuve — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle infligeant des lésions corporelles — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès n'a pas mal interprété la preuve — Verdict jugé non déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée.

### **R. c. Bingley ..... 170**

Droit criminel — Preuve — Preuve d'expert — Admissibilité — Évaluation en reconnaissance de drogues — Conclusion de l'expert en reconnaissance de drogues, certifié conformément au régime législatif, selon laquelle l'accusé a conduit avec les facultés affaiblies par la drogue — L'article 254(3.1) du Code criminel prévoit-il l'admissibilité automatique au procès du témoignage d'opinion d'un tel expert? — Si ce n'est pas le cas, ce témoignage est-il admissible en tant que témoignage d'opinion d'un expert suivant les règles de preuve en common law? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254(3.1) — Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool), DORS/2008-196.



## CONTENTS (Continued)

### **R. v. Peers ..... 196**

Constitutional law — Charter of Rights — Securities — Offences — Right to trial by jury — Accused charged with offences under Alberta Securities Act, which provides for maximum penalty of imprisonment of five years less a day or fine up to five million dollars or both — Accused seeking determination that maximum penalty engages his constitutional right to trial by jury under s. 11(f) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Provincial Court judge finding that accused has right to jury trial and transferring matter to Court of Queen’s Bench for trial — Reviewing judge disagreeing and returning matter to Provincial Court — Court of Appeal holding that s. 11(f) should be interpreted as primarily engaging deprivation of liberty inherent in maximum sentence of imprisonment imposed by statute and that imprisonment of five years less a day does not become “more severe punishment” when mere prospect of fine or financial penalty is added — Accused not entitled to trial by jury — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 194.

### **R. v. Aitkens ..... 199**

Constitutional law — Charter of Rights — Securities — Offences — Right to trial by jury — Accused charged with offences under Alberta Securities Act, which provides for maximum penalty of imprisonment of five years less a day or fine up to five million dollars or both — Accused seeking determination that maximum penalty engages his constitutional right to trial by jury under s. 11(f) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Provincial Court judge finding that accused not entitled to jury trial — Reviewing judge agreeing — Court of Appeal holding that s. 11(f) should be interpreted as primarily engaging deprivation of liberty inherent in maximum sentence of imprisonment imposed by statute and that imprisonment of five years less a day does not become “more severe punishment” when mere prospect of fine or financial penalty is added — Accused not entitled to trial by jury — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 194.

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. Peers ..... 196**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Valeurs mobilières — Infractions — Droit à un procès avec jury — Accusé inculpé d’infractions à la loi sur les valeurs mobilières de l’Alberta, qui prévoit une peine d’emprisonnement maximale de cinq ans moins un jour ou une amende d’au plus cinq millions de dollars, ou les deux — Demande de l’accusé en vue d’obtenir une décision statuant que la peine maximale met en jeu son droit constitutionnel à un procès avec jury prévu par l’art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés — Décision du juge de la Cour provinciale concluant que l’accusé a droit à un procès avec jury et transférant l’affaire pour instruction devant la Cour du Banc de la Reine — Décision à l’effet contraire de la juge chargée du contrôle et renvoi par celle-ci de l’affaire à la Cour provinciale — Conclusion de la Cour d’appel portant que l’art. 11f) de la Charte doit être considéré comme visant principalement la privation de liberté découlant de la peine d’emprisonnement maximale prévue par un texte de loi et qu’un emprisonnement de cinq ans moins un jour ne devient pas une « peine plus grave » du seul fait que s’y ajoute le risque d’une amende ou autre sanction pécuniaire — Droit à un procès avec jury refusé à l’accusé — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 194.

### **R. c. Aitkens ..... 199**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Valeurs mobilières — Infractions — Droit à un procès avec jury — Accusé inculpé d’infractions à la loi sur les valeurs mobilières de l’Alberta, qui prévoit une peine d’emprisonnement maximale de cinq ans moins un jour ou une amende d’au plus cinq millions de dollars, ou les deux — Demande de l’accusé en vue d’obtenir une décision statuant que la peine maximale met en jeu son droit constitutionnel à un procès avec jury prévu par l’art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés — Décision du juge de la Cour provinciale concluant que l’accusé n’a pas droit à un procès avec jury — Conclusion au même effet du juge chargé du contrôle — Conclusion de la Cour d’appel portant que l’art. 11f) doit être considéré comme visant principalement la privation de liberté découlant de la peine d’emprisonnement maximale prévue par un texte de loi et qu’un emprisonnement de cinq ans moins un jour ne devient pas une « peine plus grave » du seul fait que s’y ajoute le risque d’une amende ou autre sanction pécuniaire — Droit à un procès avec jury refusé à l’accusé — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 194.

## CONTENTS (Continued)

### **R. v. Paterson ..... 202**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Exclusion of evidence — Accused admitting to police to having marihuana in his residence — Accused allowing police to seize roaches after being told this would be “no case” seizure — Warrantless entry by police into residence resulting in police seeing other drugs and weapon and arresting accused — Whether “exigent circumstances”, within meaning of s. 11(7) of Controlled Drugs and Substances Act, made it “impracticable” to obtain warrant before entering and searching residence — Whether accused’s Charter right to be secure against unreasonable search or seizure infringed — If so, whether evidence obtained from warrantless entry and search of residence should be excluded — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 11(7) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Criminal law — Evidence — Admissibility — Voir dire — Accused admitting to police to having marihuana in his residence — Whether Crown required to prove voluntariness of accused’s statement prior to its admission at voir dire considering lawfulness of entry and search of accused’s residence — Whether common law confessions rule should apply to statements tendered in context of voir dire under Charter.

### **R. v. S.B. .... 248**

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused acquitted of several counts of assault and sexual assault by jury — Court of Appeal holding that trial judge erred in allowing cross-examination of complainant on prior sexual activity and in denying Crown applications to lead evidence to rebut allegations of recent fabrication — Majority of Court of Appeal finding that jury verdict should not be set aside despite trial judge’s errors — Dissenting judge finding that proper remedy is to set aside acquittals and order new trial — New trial ordered on all charges.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. Paterson ..... 202**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Exclusion de la preuve — Accusé ayant avoué aux policiers avoir de la marihuana chez lui — Accusé ayant autorisé les policiers à saisir des mégots après que ces derniers lui eurent dit qu’ils effectueraient une saisie « sans poursuite » — Entrée sans mandat ayant permis aux policiers de constater la présence d’autres drogues et d’une arme à feu dans la résidence puis ayant entraîné l’arrestation de l’accusé — L’« urgence de la situation », au sens de l’art. 11(7) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, a-t-elle rendu « difficilement réalisable » l’obtention d’un mandat avant l’entrée et la perquisition dans la résidence? — Y a-t-il eu atteinte au droit constitutionnel de l’accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l’affirmative, la preuve recueillie grâce à l’entrée et à la perquisition sans mandat devrait-elle être écartée? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 11(7) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Voir-dire — Accusé ayant avoué aux policiers avoir de la marihuana chez lui — Le ministère public était-il tenu de prouver le caractère volontaire de la déclaration de l’accusé pour que celle-ci puisse être admise en preuve lors du voir-dire tenu sur la légalité de l’entrée et de la perquisition chez l’accusé? — La règle des confessions de la common law devrait-elle s’appliquer aux déclarations considérées lors d’un voir-dire constitutionnel?

### **R. c. S.B. .... 248**

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d’appel — Accusé acquitté par le jury de plusieurs chefs de voies de fait et d’agression sexuelle — Conclusion de la Cour d’appel portant que le juge du procès a fait erreur en permettant le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de son comportement sexuel antérieur et en rejetant les requêtes présentées par le ministère public en vue d’être autorisé à produire une preuve tendant à réfuter les allégations de fabrication récente — Décision des juges majoritaires de la Cour d’appel concluant qu’il n’y a pas lieu d’écarter le verdict du jury malgré les erreurs commises par le juge du procès — Conclusion du juge dissident portant que la réparation convenable consiste à écarter les acquittements et à ordonner un nouveau procès — Nouveau procès ordonné à l’égard de toutes les accusations.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. Oland ..... 250**

Criminal law — Interim release — Appeals — Appeal judge dismissing application for release pending appeal because applicant failed to establish that detention “not necessary in the public interest” under s. 679(3)(c) of Criminal Code — Principles and policy considerations by which appellate courts should be guided in deciding whether someone convicted of serious crime and sentenced to lengthy term of imprisonment should be released on bail pending determination of appeal — Proper interpretation and application of s. 679(3)(c) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 679(3)(c).

Criminal law — Interim release — Review hearing — Standard of review — Appeal judge dismissing application for release pending appeal — Chief Justice of Court of Appeal directing review of dismissal decision by three-judge panel under s. 680(1) of Criminal Code — Test to be applied by Chief Justice in deciding whether to direct panel review — Standard of review to be applied by reviewing panel — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 680(1).

Appeals — Mootness — Application for release pending appeal dismissed — Appeal against conviction subsequently allowed and new trial ordered — Accused released pending re-trial — Appeal from decision refusing bail pending determination of appeal rendered moot — Whether Court should exercise discretion to hear appeal.

## SOMMAIRE (Fin)

### **R. c. Oland ..... 250**

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Appels — Rejet par le juge d’appel d’une demande de mise en liberté en attendant l’issue de l’appel au motif que le demandeur n’a pas établi que sa détention n’est « pas nécessaire dans l’intérêt public » suivant l’art. 679(3)c) du Code criminel — Considérations de politique générale et principes qui devraient guider les cours d’appel lorsqu’elles sont appelées à décider si une personne qui a été déclarée coupable d’un crime grave et condamnée à une longue peine d’emprisonnement devrait être mise en liberté sous caution en attendant qu’il soit statué sur son appel — Interprétation et application appropriées de l’art. 679(3)c) du Code criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 679(3)c).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Audience de révision — Norme de contrôle — Rejet par le juge d’appel d’une demande de mise en liberté en attendant l’issue de l’appel — Juge en chef de la Cour d’appel ordonnant la révision de cette décision par une formation de trois juges conformément à l’art. 680(1) du Code criminel — Critère applicable par le juge en chef lorsqu’il est appelé à décider s’il convient ou non d’ordonner une révision par une formation — Norme de contrôle applicable par la formation de révision — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 680(1).

Appels — Caractère théorique — Rejet d’une demande de mise en liberté en attendant l’issue de l’appel — Appel de la déclaration de culpabilité subséquentement accueilli et nouveau procès ordonné — Accusé mis en liberté en attendant l’issue de son nouveau procès — Pourvoi formé contre la décision refusant une mise en liberté sous caution en attendant l’issue de l’appel devenu théorique — La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre le pourvoi?

**Jessica Ernst** *Appellant*

v.

**Alberta Energy Regulator** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec,  
Canadian Civil Liberties Association,  
British Columbia Civil Liberties Association  
and David Asper Centre for Constitutional  
Rights** *Interveners*

**INDEXED AS: ERNST v. ALBERTA ENERGY  
REGULATOR**

**2017 SCC 1**

File No.: 36167.

2016: January 12; 2017: January 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Remedy — Damages — Claim brought against statutory board seeking Charter damages for breaching right to freedom of expression — Board applying to strike claim on basis of immunity clause — Whether claim for Charter damages should be struck out because it discloses no cause of action — Whether immunity clause is constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars claim against board for Charter damages — Whether constitutional question should be decided at this stage of proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10, s. 43.*

The Alberta Energy Regulator (“Board”) is a statutory, independent, quasi-judicial body responsible for regulating Alberta’s energy resource and utility sectors. E claims that the Board breached her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of*

**Jessica Ernst** *Appelante*

c.

**Alberta Energy Regulator** *Intimé*

et

**Procureure générale du Québec,  
Association canadienne des libertés civiles,  
British Columbia Civil Liberties Association  
et David Asper Centre for Constitutional  
Rights** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ERNST c. ALBERTA ENERGY  
REGULATOR**

**2017 CSC 1**

N° du greffe : 36167.

2016 : 12 janvier; 2017 : 13 janvier.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Réparation — Dommages-intérêts — Demande de dommages-intérêts présentée en vertu de la Charte contre un office créé par la loi pour violation du droit à la liberté d’expression — Office sollicitant la radiation de la demande sur la base d’une disposition d’immunité — Y a-t-il lieu de radier la demande de dommages-intérêts fondée sur la Charte parce qu’elle ne révèle aucune cause d’action? — La disposition d’immunité est-elle inapplicable ou inopérante du point de vue constitutionnel en ce qu’elle fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l’office en vertu de la Charte? — Y a-t-il lieu de trancher la question constitutionnelle à ce stade de l’instance? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10, art. 43.*

L’Alberta Energy Regulator (« Office ») est un organisme quasi judiciaire indépendant créé par la loi qui a pour mission de réglementer les secteurs des ressources énergétiques et des services publics. E soutient que l’Office a violé le droit à la liberté d’expression que

*Rights and Freedoms* by punishing her for publicly criticizing the Board and by preventing her, for a period of 16 months, from speaking to key offices within it. E brought a claim against the Board for damages as an “appropriate and just” remedy under s. 24(1) of the *Charter* for that alleged breach. The Board applied to strike this claim on the basis, among others, that it is protected by an immunity clause — i.e., s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* — which precludes all claims in relation to the Board’s actions purportedly done pursuant to the legislation which the Board administers. Both the Alberta Court of Queen’s Bench and the Court of Appeal found that the immunity clause on its face bars E’s claim for *Charter* damages and concluded therefore that it should be struck out. On appeal to this Court, E reformulated her claim to add a challenge to the constitutional validity of s. 43.

*Held* (McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

1. *Per* Cromwell J. (with Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.): The claim for *Charter* damages should be struck out and the appeal should be dismissed. It is plain and obvious that s. 43 on its face bars E’s claim for *Charter* damages. However, because *Charter* damages could never be an appropriate and just remedy for *Charter* breaches by the Board, s. 43 does not limit the availability of such a remedy under the *Charter* and the provision cannot be unconstitutional.

2. *Per* Abella J.: E’s claim for *Charter* damages should be struck and the appeal dismissed. E did not seek to challenge the constitutionality of s. 43 in the prior proceedings. In the absence of proper notice and a full evidentiary record, this Court should not entertain the constitutional argument. This leaves the constitutionality of s. 43 intact. It is therefore plain and obvious that s. 43, an unqualified immunity clause, bars E’s claim. While it is likely that *Charter* damages would not be an appropriate and just remedy against this Board, a prior determination of the constitutionality of the immunity clause is required.

3. *Per* McLachlin C.J. and Moldaver and Brown JJ. (with Côté J.): The application to strike E’s claim must fail and

lui garantit l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en la punissant pour avoir critiqué publiquement l’Office et en l’empêchant pendant 16 mois de s’adresser à ses bureaux clés. E a réclamé à l’Office pour cette violation des dommages-intérêts en guise de réparation « convenable et juste » en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. L’Office a sollicité la radiation de cette demande au motif notamment qu’il est protégé par une disposition d’immunité, soit l’art. 43 de l’*Energy Resources Conservation Act*, qui empêche l’exercice de tout recours pour des actes que l’Office aurait accomplis en conformité avec la loi qu’il applique. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d’appel de l’Alberta ont toutes deux conclu que la disposition d’immunité fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte* et que cette demande doit donc être radiée. Dans le présent pourvoi, E a reformulé sa demande pour contester la constitutionnalité de l’art. 43.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

1. *Le* juge Cromwell (avec l’accord des juges Karakatsanis, Wagner et Gascon) : Il y a lieu de radier la demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* et de rejeter le pourvoi. Il est évident et manifeste que l’art. 43 fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*. Toutefois, comme l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l’Office, l’art. 43 ne limite pas la possibilité d’obtenir pareille réparation au titre de la *Charte* et la disposition ne saurait être inconstitutionnelle.

2. *La* juge Abella : Il y a lieu de radier la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte* et de rejeter le pourvoi. E n’a pas tenté de contester la constitutionnalité de l’art. 43 lors des instances antérieures. À défaut d’un avis en bonne et due forme et d’un dossier de preuve complet, la Cour ne devrait pas connaître de l’argument constitutionnel. La constitutionnalité de l’art. 43 demeure donc intacte. Par conséquent, il est évident et manifeste que l’art. 43, une disposition d’immunité catégorique, fait obstacle à la demande de E. Bien que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue probablement pas une réparation convenable et juste à l’encontre de l’Office, il faut d’abord statuer sur la constitutionnalité de la disposition d’immunité.

3. *La* juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Brown (avec l’accord de la juge Côté) : Il y a lieu de rejeter

the appeal must be allowed. It is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of E's claim against the Board. Nor is it plain and obvious that, on its face, s. 43 bars E's claim for *Charter* damages. As a result, it is not necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage of the proceedings.

*Per* Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: It is plain and obvious that s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* on its face bars E's claim for *Charter* damages. This conclusion is common ground between the parties. The only issue for decision then is whether E successfully challenged the constitutionality of s. 43. In this case, having had more than ample opportunity to do so, E has failed to discharge her burden of showing that the law is unconstitutional. It follows that the immunity clause must be applied, and E's claim for *Charter* damages struck out.

*Charter* damages may vindicate *Charter* rights, provide compensation and deter future violations. But awarding damages may also inhibit effective government, and remedies other than damages may provide substantial redress without having a broader adverse impact. Section 24(1) of the *Charter* confers on the courts a broad remedial authority. But this does not mean that *Charter* breaches should always, or even routinely, be remedied by damages. The leading case about when *Charter* damages are an appropriate and just remedy is *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28. If damages would further one or more of the objectives of compensation, vindication and deterrence, it is open to the state to raise countervailing factors to establish that damages are not an appropriate and just remedy. In the present case, when such countervailing factors are considered collectively, they negate the appropriateness of an otherwise functionally justified award of *Charter* damages against the Board.

First, there is an alternative and more effective remedy for *Charter* breaches by the Board. Judicial review

de la requête en radiation de la demande de E et d'accueillir le pourvoi. Il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande de E visant l'Office. Il n'est pas non plus évident et manifeste qu'à première vue, l'art. 43 fait obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade de l'instance.

*Les* juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Il est évident et manifeste que l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*. Les parties s'entendent sur cette conclusion. Il ne reste donc qu'une seule question à trancher : E a-t-elle contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 43? En l'espèce, même si elle a eu amplement l'occasion de le faire, E ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer que la loi est inconstitutionnelle. Par conséquent, il faut appliquer la disposition d'immunité et radier la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*.

L'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut défendre des droits garantis par la *Charte*, fournir une indemnité et dissuader de nouvelles violations. Cependant, l'octroi de dommages-intérêts peut également gêner l'efficacité du gouvernement, et des réparations autres que les dommages-intérêts peuvent offrir un redressement important sans avoir un effet préjudiciable général. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère aux tribunaux un vaste pouvoir de réparation. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il convient toujours, ou même couramment, de remédier à des violations de la *Charte* en accordant des dommages-intérêts. L'arrêt de principe quant aux circonstances dans lesquelles des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* constituent une réparation convenable et juste est *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28. Si les dommages-intérêts favoriseraient la réalisation d'un ou de plusieurs des objectifs d'indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion, il est loisible à l'État d'invoquer des facteurs faisant contrepoids pour établir que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable et juste. En l'espèce, quand on examine ensemble ces facteurs faisant contrepoids, on constate qu'ils rendent inappropriée la condamnation par ailleurs justifiée, d'un point de vue fonctionnel, de l'Office à des dommages-intérêts fondés sur la *Charte*.

Premièrement, il existe un autre moyen, plus efficace de surcroît, de remédier aux violations de la *Charte*

of the Board's decisions has the potential to provide prompt vindication of E's *Charter* rights, to provide effective relief in relation to the Board's conduct in the future, to reduce the extent of any damage flowing from the breach, and to provide legal clarity to help prevent any future breach of a similar nature. Further, the statutory immunity clause here cannot bar access to judicial review.

Second, good governance concerns are also engaged, as granting damages would undermine the effectiveness of the Board and inhibit effective governance. Private law thresholds and defences may offer guidance about when *Charter* damages may be an appropriate remedy. The policy reasons considered capable of negating a *prima facie* duty of care under the private law of negligence have included (i) excessive demands on resources, (ii) the potential chilling effect on the behaviour of the state actor, and (iii) protection of quasi-judicial decision making. The same policy considerations weigh heavily here. The Board has the public duty of balancing several potentially competing rights, interests and objectives, and balancing public and private interests in the execution of its quasi-judicial duties. The jurisprudence cautions against attempting to segment the functions of a quasi-judicial regulatory board such as this one into adjudicative and regulatory activity for the purposes of considering whether its actions should give rise to liability. And the policy reasons that have led legislatures across Canada to enact many statutory immunity clauses, like the one in this case, may also inform the analysis of countervailing considerations relating to good governance. Overall, opening the Board to damages claims could deplete the Board's resources, distract it from its statutory duties, potentially have a chilling effect on its decision making, compromise its impartiality, and open up new and undesirable modes of collateral attack on its decisions.

Finally, to determine the appropriateness of *Charter* damages against this type of board on a case-by-case basis in a highly factual and contextual manner would largely undermine the purposes served by an immunity. Not every bare allegation claiming *Charter* damages must proceed to an individualized, case-by-case consideration on its particular merits. Immunity is easily

commises par l'Office. Le contrôle judiciaire des décisions de l'Office permet de défendre rapidement les droits conférés à E par la *Charte*, d'obtenir un redressement concret en ce qui concerne les agissements futurs de l'Office, de réduire l'ampleur de tout préjudice découlant de la violation et de clarifier le droit pour aider à prévenir toute nouvelle violation semblable. De plus, la disposition législative prévoyant une immunité en l'espèce ne peut faire obstacle au contrôle judiciaire.

Deuxièmement, les préoccupations relatives au bon gouvernement entrent elles aussi en jeu car l'octroi de dommages-intérêts nuirait au bon travail de l'Office et générerait l'efficacité du gouvernement. Les seuils et moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à établir dans quels cas les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* constituent peut-être une réparation convenable. Les raisons de politique générale que l'on considère susceptibles d'écarter une obligation de diligence *prima facie* en droit privé de la négligence comprennent : (i) une ponction indue sur les ressources, (ii) l'effet paralysant que cette obligation peut avoir sur la conduite de l'acteur étatique et (iii) la protection du processus décisionnel quasi judiciaire. Les mêmes considérations de politique générale pèsent lourd dans la balance en l'espèce. L'Office a l'obligation publique de concilier plusieurs droits, intérêts et objectifs susceptibles de s'opposer ainsi que les intérêts publics et privés dans l'acquiescement de ses obligations quasi judiciaires. La jurisprudence indique qu'il ne faut pas tenter de fractionner les fonctions d'un organisme de réglementation quasi judiciaire comme celui en l'espèce en dissociant le rôle juridictionnel du rôle de réglementation dans le but de décider si ses agissements devraient engager sa responsabilité. Et l'analyse des préoccupations relatives au bon gouvernement qui font contrepois peut tenir compte également des raisons de politique générale qui ont amené les législateurs de partout au pays à adopter de nombreuses dispositions législatives prévoyant une immunité comme celle en l'espèce. Globalement, exposer l'Office à des demandes de dommages-intérêts risque d'accaparer ses ressources et de le détourner des obligations que lui attribue la loi, ce qui pourrait avoir un effet paralysant sur sa prise de décisions, compromettre son impartialité et ouvrir la voie à de nouveaux moyens indéterminables d'attaquer indirectement ses décisions.

Enfin, juger au cas par cas du caractère convenable d'une condamnation de ce type d'office à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en mettant l'accent sur les faits et le contexte minerait grandement la raison d'être de l'immunité. Il n'y a pas lieu d'examiner sur le fond au cas par cas toutes les simples allégations selon lesquelles des dommages-intérêts doivent être

frustrated where the mere pleading of an allegation of bad faith or punitive conduct in a statement of claim can call into question a decision-maker's conduct. Even qualified immunity undermines the decision-maker's ability to act impartially and independently, as the mere threat of litigation, achieved by artful pleadings, will require the decision-maker to engage with claims brought against him or her.

In view of these countervailing factors, *Charter* damages could never be an appropriate and just remedy for *Charter* breaches by the Board. Therefore, s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* does not limit the availability of such a remedy under the *Charter* and the provision cannot be unconstitutional.

*Per Abella J.*: E is asking this Court to pronounce on the constitutional applicability and operability of s. 43, an immunity clause in the *Energy Resources Conservation Act*. This is in essence a challenge to the constitutionality of s. 43. At no stage did E give the required formal notice of a constitutional challenge to s. 43. Until she came to this Court, E denied that she was even challenging the constitutionality of s. 43. E's approach represents an improper collateral attack on s. 43's constitutionality.

All the provinces have statutes that require notice to be given to the Attorney General of that province, and most require that notice be given to the Attorney General of Canada as well, in any proceeding where the constitutionality of a statute is in issue. Notice requirements serve a vital purpose. They ensure that courts have a full evidentiary record before invalidating legislation and that governments are given the fullest opportunity to support the validity of legislation. A new constitutional question ought not be answered unless the state of the record, the fairness to all parties, the importance of having the issue resolved, the question's suitability for decision, and the broader interests of the administration of justice demand it. The test for whether new issues should be considered is a stringent one, and the discretion to hear new issues should only be exercised exceptionally and never unless there is no prejudice to the parties.

The threshold for the exceptional exercise of this discretion is nowhere in sight in this case. First, the public interest requires that the fullest and best evidence

accordés en vertu de la *Charte*. L'immunité est aisément contrecarrée lorsqu'il suffit de plaider la mauvaise foi ou une conduite punitive dans une déclaration pour mettre en doute la conduite d'un décideur. Même une immunité restreinte diminue la capacité du décideur d'agir en toute impartialité et indépendance, car la simple menace de poursuite proférée à l'aide d'habiles plaidoiries obligera le décideur à se défendre contre des réclamations présentées contre lui.

À la lumière de ces facteurs faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l'Office. Ainsi, l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* ne limite pas la possibilité d'obtenir une telle réparation au sens de la *Charte* et la disposition ne saurait être inconstitutionnelle.

*La juge Abella* : E demande à la Cour de se prononcer sur l'applicabilité et l'opérabilité, du point de vue constitutionnel, de l'art. 43, une disposition d'immunité de l'*Energy Resources Conservation Act*. Elle conteste essentiellement la constitutionnalité de l'art. 43. E n'a jamais donné l'avis officiel requis pour contester la constitutionnalité de cet article. Jusqu'au moment où elle s'est présentée devant la Cour, E niait carrément qu'elle contestait la constitutionnalité de l'art. 43. L'approche préconisée par E représente une attaque indirecte irrégulière de la constitutionnalité de l'art. 43.

On trouve dans toutes les provinces des lois exigeant qu'un avis soit donné au procureur général de la province concernée et la plupart des provinces exigent qu'un avis soit également donné au procureur général du Canada dans toute instance où la constitutionnalité d'une loi est en cause. L'obligation de donner avis a un objectif fondamental, en l'occurrence celui de faire en sorte que le tribunal se prononce sur la validité de la disposition à partir d'un dossier de preuve complet et que l'État ait vraiment l'occasion de soutenir la validité de la disposition. On ne doit pas répondre à une nouvelle question constitutionnelle à moins que la teneur du dossier, l'équité envers toutes les parties, l'importance que la question soit résolue, le fait que la question se prête à une décision et les intérêts de l'administration de la justice en général ne l'exigent. Le critère applicable pour décider de l'opportunité d'examiner une nouvelle question est strict et le pouvoir discrétionnaire d'examiner une nouvelle question ne devrait être exercé qu'à titre exceptionnel et jamais à moins que les parties n'en subissent pas un préjudice.

On ne trouve en l'espèce pas la moindre allusion au seuil qui permettrait d'exercer de façon exceptionnelle ce pouvoir discrétionnaire. Tout d'abord, l'intérêt public



possible be put before the Court when it is asked to decide the constitutionality of a law. This requires the participation and input of the appropriate Attorneys General, especially from the jurisdiction of the legislation in question. In this case, there is no such evidentiary record.

The notion of “fairness to the parties” also weighs against this Court exercising its discretion to decide the constitutionality of s. 43. The Board asked this Court not to hear the constitutional question because it was not properly raised in the courts below, leaving it, rather than the Attorney General, unfairly as the sole defender of a provision in its enabling statute. At the Court of Appeal, the Attorney General of Alberta, for his part, also expressly raised concerns about the lack of notice and his inability to adduce evidence at the trial court and the appellate court. The failure to provide notice about the intention to challenge the constitutionality of s. 43 has resulted in no record and in the Attorney General of Alberta being unable to properly meet the case against it. This makes acceding to the request to determine the constitutionality of the statutory immunity clause inappropriate.

Immunity clauses protecting judicial and quasi-judicial bodies are found in a number of Canadian statutes. Judicial and quasi-judicial decision-makers are also protected by common law immunities. Immunizing these adjudicators from personal damage claims is grounded in attempts to protect their independence and impartiality and to facilitate the proper and efficient administration of justice.

The immunity clause here is absolute and unqualified. The legislature clearly chose not to qualify the immunity in any way. Any argument that it should not apply to conduct alleged to be punitive, or that it applies to adjudicative but not to other kinds of Board decisions, is nowhere evident in the statutory language. Caution should be exercised before undermining the immunity clause in this case. There are profound and obvious implications for all judges and tribunals from such a decision, and it should not be undertaken without a full and tested evidentiary record. It may or may not be the case that governments will be able to justify immunity from *Charter* damages, but until the s. 1 justificatory evidence is explored, this

exige de soumettre à la Cour la preuve la meilleure et la plus complète possible lorsque la Cour est appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi. Cela nécessite la participation et le concours des procureurs généraux concernés, surtout celui du ressort où a été adoptée la loi en question. En l'espèce, il n'y a aucun dossier de preuve de ce genre.

La notion d'« équité envers les parties » joue elle aussi en défaveur de l'exercice, par la Cour, de son pouvoir discrétionnaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43. L'Office a demandé à la Cour de ne pas instruire la question constitutionnelle parce qu'elle n'avait pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures, de sorte que c'est l'Office, et non le procureur général, qui s'est injustement retrouvé dans le rôle d'unique défenseur d'une disposition de sa loi habilitante. En Cour d'appel, le procureur général de l'Alberta avait pour sa part formulé lui aussi expressément des réserves au sujet du défaut d'avis et de son incapacité à présenter des éléments de preuve tant en première instance qu'en Cour d'appel. Le défaut de donner avis de l'intention de contester la constitutionnalité de l'art. 43 s'est traduit par une absence de dossier et par le fait que le procureur général de l'Alberta n'a pas été en mesure de répondre convenablement aux allégations formulées contre cet article. Dans ces conditions, il est inopportun d'accéder à la demande visant à faire établir la constitutionnalité de la disposition législative prévoyant une immunité.

On retrouve des dispositions d'immunité protégeant les organismes judiciaires et quasi judiciaires dans plusieurs lois canadiennes. Les décideurs judiciaires ou quasi judiciaires jouissent également d'immunités en common law. L'immunité à l'égard des recours personnels en dommages-intérêts intentés contre ces décideurs est motivée par la volonté de protéger leur indépendance et leur impartialité et par le souci de favoriser la bonne administration de la justice et d'en renforcer l'efficacité.

La disposition d'immunité en l'espèce est sans équivoque et catégorique. La législature a clairement choisi de ne pas nuancer l'immunité de quelque façon que ce soit. Aucun argument selon lequel l'immunité ne devrait pas s'appliquer à une conduite qualifiée de punitive ou s'applique aux décisions de nature juridictionnelle de l'Office, mais non à ses autres décisions, ne ressort du texte de la loi. Il faut user de prudence avant de rogner la disposition d'immunité en cause. Une telle décision entraîne des conséquences profondes et évidentes pour l'ensemble des juges et des tribunaux et ne doit être prise que si l'on dispose d'un dossier de preuve complet qui a fait l'objet de vérifications. L'État pourra ou non être en

Court should not replace the necessary evidence with its own inferences.

While an analysis pursuant to *Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28, likely leads to the conclusion that *Charter* damages are not an appropriate and just remedy in the circumstances, the question of whether such damages are appropriate requires a prior determination of the constitutionality of the immunity clause. If the clause is constitutional, there is no need to embark on a *Ward* analysis. If it is found to be unconstitutional, only then does a *Ward* analysis become relevant. Here, since E did not seek to challenge the constitutionality of s. 43 in the prior proceedings, there is no record either to justify or impugn the provision. This means that, for the time being, the provision's constitutionality is intact. It is therefore plain and obvious that E's claim is barred. E's *Charter* claim should therefore be dismissed.

Judicial review was the appropriate means of addressing E's concerns. The conventional challenge to an administrative tribunal's decision is judicial review, not an action against the administrative tribunal. When the Board made the decision to stop communicating with E, in essence finding her to be a vexatious litigant, it was exercising its discretionary authority under its enabling legislation. Issues about the legality, reasonableness, or fairness of this discretionary decision are issues for judicial review. E had the opportunity to seek timely judicial review of the Board's decision. She chose not to. Instead, she attempted to frame her grievance as a claim for *Charter* damages. That is precisely why s. 43 exists — to prevent an end-run by litigants around the required process, resulting in undue expense and delay for the Board and for the public.

*Per* McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. (dissenting): In deciding whether a claim for *Charter* damages should be struck out on the basis of a statutory immunity clause, the court must first determine whether it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of the plaintiff's claim. If it is not plain and

mesure de justifier une immunité contre toute condamnation à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, mais tant que les éléments de preuve justificatifs fondés sur l'article premier n'ont pas été analysés, la Cour ne devrait pas remplacer les éléments de preuve requis par ses propres déductions.

Bien qu'une analyse effectuée en conformité avec *Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, mène vraisemblablement à la conclusion que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue pas une réparation convenable et juste dans les circonstances, il faut statuer sur la constitutionnalité de la disposition d'immunité avant de juger si pareils dommages-intérêts sont convenables. Si la disposition est constitutionnelle, point n'est besoin de procéder à l'analyse prescrite par *Ward*. Si elle est jugée inconstitutionnelle, ce n'est que dans ce cas que l'analyse en question entre en jeu. En l'espèce, comme E n'a pas tenté de contester la constitutionnalité de l'art. 43 lors des instances antérieures, il n'y a pas de dossier pouvant servir à justifier ou à attaquer la disposition en question. Cela signifie que, pour l'instant, la constitutionnalité de cette disposition demeure intacte. Il est donc évident et manifeste que la demande de E est irrecevable. La demande présentée par E en vertu de la *Charte* devrait donc être rejetée.

Le moyen qu'E aurait dû utiliser pour formuler ses doléances était de se pourvoir en contrôle judiciaire. Le recours habituellement utilisé pour contester la décision d'un tribunal administratif est le contrôle judiciaire et non une action dirigée contre le tribunal administratif. Lorsque l'Office a décidé de cesser de communiquer avec E, concluant pour l'essentiel qu'elle était une plaideuse quérulente, il exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère sa loi habilitante. La légalité, la rationalité ou l'équité de cette décision discrétionnaire sont des questions qui relèvent du contrôle judiciaire. E a eu l'occasion de solliciter en temps opportun le contrôle judiciaire de la décision de l'Office. Elle a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité. Elle a plutôt tenté d'exprimer ses reproches sous forme de demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. C'est précisément la raison d'être de l'art. 43 : empêcher les plaideurs de court-circuiter la procédure prescrite et éviter ainsi à l'Office et au public des frais et des retards indus.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown (dissidents) : Pour décider s'il y a lieu de radier une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* en raison d'une disposition législative prévoyant une immunité, le tribunal doit d'abord établir s'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation

obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just, then the court must determine whether it is plain and obvious that the immunity clause, on its face, applies to the plaintiff's claim. If it is plain and obvious that the immunity clause applies, then the court must give effect to the immunity clause and strike the plaintiff's claim, unless the plaintiff successfully challenges the clause's constitutionality.

The framework set out in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, for assessing whether damages are an appropriate and just remedy in the circumstances can be applied at the application to strike stage. To survive an application to strike, the claimant must first plead facts which, if true, could prove a *Charter* breach; E has met this threshold here. E's pleadings establish the elements of an admittedly novel but arguable s. 2(b) claim. It cannot be said that it is plain and obvious that E cannot establish a breach of s. 2(b) of the *Charter*. The second step requires the claimant to demonstrate that damages could fulfill one or more of the functions of compensation, vindication, or deterrence. E has met this threshold, as well. Her allegations are sufficient to establish that the functions of vindication and deterrence could be supported by an award of *Charter* damages.

At the third step, the state may show that countervailing considerations make it plain and obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just. Such considerations include the availability of alternative remedies that will meet the same objectives as an award of *Charter* damages, and good governance concerns — i.e., policy factors that will justify restricting the state's exposure to civil liability. Here, the Board has not shown that it is plain and obvious that judicial review will meet the same objectives as an award of *Charter* damages, namely, vindicating E's *Charter* right and deterring future breaches. With respect to good governance, two interrelated principles must be kept in mind. First, *Charter* compliance is itself a foundational principle of good governance. Second, good governance concerns must be considered in a manner that remains protective of *Charter* rights, since the "appropriate and just" analysis under s. 24(1) is designed to redress the *Charter* breach. While the common law recognizes absolute immunity from personal liability for judges and other state actors in the exercise of their adjudicative function, there is nothing in the record

convenable et juste dans le cas de la demande du demandeur. S'il n'est pas évident et manifeste que cette réparation ne peut pas être convenable et juste, le tribunal doit alors décider s'il est évident et manifeste que la disposition d'immunité s'applique à première vue à la demande du demandeur. Si la disposition s'applique évidemment et manifestement, le tribunal doit donner effet à la disposition d'immunité et radier la demande du demandeur, à moins que ce dernier ne conteste avec succès la constitutionnalité de la disposition.

Les paramètres établis dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, pour déterminer si l'octroi de dommages-intérêts est une réparation convenable et juste dans les circonstances peuvent s'appliquer au stade de la requête en radiation. Pour résister à une requête en radiation, le demandeur doit d'abord alléguer des faits qui, s'ils se révélaient véridiques, pourraient démontrer l'existence d'une violation de la *Charte*; E a satisfait à ce critère en l'espèce. Les actes de procédure de E établissent les éléments constitutifs d'un moyen certes inédit, mais soutenable, tiré de l'al. 2b). On ne saurait dire qu'il est évident et manifeste que E ne peut pas prouver l'existence d'une violation de l'al. 2b) de la *Charte*. La deuxième étape oblige le demandeur à démontrer que les dommages-intérêts répondraient à l'un ou à plusieurs des objectifs d'indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion. E a satisfait également à ce critère. Ses allégations suffisent pour établir que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* permettrait de répondre aux objectifs de défense du droit et de dissuasion.

À la troisième étape, l'État peut démontrer qu'en raison de considérations faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut évidemment et manifestement pas être convenable et juste. Ces considérations comprennent la possibilité d'exercer d'autres recours qui permettraient d'atteindre les mêmes objectifs que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* et les préoccupations relatives au bon gouvernement, c.-à-d. des facteurs de principe justifiant que l'on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l'État. En l'espèce, l'Office n'a pas démontré que le contrôle judiciaire permettra évidemment et manifestement d'atteindre les mêmes objectifs que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, à savoir défendre le droit conféré à E par la *Charte* et dissuader de nouvelles violations. Quant au bon gouvernement, il faut garder à l'esprit deux principes interreliés. En premier lieu, le respect de la *Charte* constitue en soi un principe fondamental de bon gouvernement. En second lieu, il faut examiner les préoccupations relatives au bon gouvernement en se souciant de la protection des droits

which indicates that the Board was acting in an adjudicative capacity in this case. Nor is there a compelling policy reason for which to immunize state actors in all cases, including where, as here, the impugned conduct is said to have been punitive in nature. Further, considerations supporting private law immunity from liability for negligent conduct do not automatically support absolute immunity from *Charter* damages claims for more serious misconduct, including conduct amounting to bad faith or an abuse of power.

Thus, whether the countervailing factors are examined individually or collectively, the record at this juncture does not support recognizing a broad, sweeping immunity for the Board in this case, let alone in every case. In the final analysis, it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of E's claim against the Board.

It is also not plain and obvious that E's claim is barred by the statutory immunity clause. E seeks *Charter* damages as a remedy for actions by the Board that E says were intended to punish her. It is arguable that such punitive acts fall outside the scope of the immunity that s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* confers. While E did not argue that the wording of s. 43 does not apply to her claim, this omission should not impede the just determination of a novel legal issue which has such broad ramifications for the public. E's assumption that s. 43 bars all actions or proceedings against the Board, regardless of the nature of the claim, is not binding on the Court. Her assumption may ultimately prove correct, but it is not plainly and obviously so at this stage. Since it is not plain and obvious that s. 43 bars E's claim, it is not necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage of the proceedings. If it is subsequently determined that s. 43 does, indeed, bar E's claim for *Charter* damages, then she may challenge its constitutionality at that juncture.

conférés par la *Charte*, car l'analyse de la réparation « convenable et juste » au sens du par. 24(1) est conçue pour remédier à la violation de la *Charte*. Bien que la common law reconnaisse aux juges et aux autres acteurs étatiques une immunité absolue à l'égard de la responsabilité personnelle dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, rien au dossier n'indique que l'Office exerçait une fonction juridictionnelle en l'espèce. Il n'y pas non plus de raison impérieuse de politique générale pour laquelle il faudrait soustraire les acteurs étatiques dans tous les cas, notamment ceux, comme en l'espèce, où l'on prétend que la conduite reprochée est de nature punitive. En outre, les considérations favorables à une immunité contre toute responsabilité pour négligence en droit privé ne sont pas nécessairement favorables à une immunité absolue contre les demandes de dommages-intérêts présentées en vertu de la *Charte* pour une inconduite plus grave, y compris une conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à un abus de pouvoir.

Ainsi, que les facteurs faisant contrepois soient examinés individuellement ou collectivement, le dossier ne permet pas à ce stade de reconnaître à l'Office une immunité aussi large et étendue en l'espèce, encore moins dans tous les cas. En dernière analyse, il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande présentée par E contre l'Office.

Il n'est pas non plus évident et manifeste que la disposition législative prévoyant une immunité fait obstacle à la demande de E. Cette dernière réclame des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* en guise de réparation pour des agissements de l'Office qui, aux dires de E, avaient pour but de la punir. On peut soutenir que de tels actes punitifs échappent à la portée de l'immunité que confère l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*. Même si E n'a pas plaidé que le texte de l'art. 43 ne s'applique pas à sa demande, cette omission ne devrait pas entraver le règlement juste d'une nouvelle question de droit qui a des ramifications aussi vastes sur le public. La supposition de E selon laquelle l'art. 43 fait obstacle à toute action ou instance introduite contre l'Office, peu importe la nature de la demande, ne lie pas la Cour. Sa supposition pourrait s'avérer exacte en fin de compte, mais cela n'est pas évident et manifeste à ce stade. Puisqu'il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à la demande de E, point n'est besoin de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade de l'instance. S'il est décidé par la suite que l'art. 43 fait bel et bien obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*, elle pourra alors en attaquer la constitutionnalité à cette étape.

Therefore, the appeal must be allowed. The test for striking out E's claim at the outset has not been satisfied, and the matter should be returned to the Alberta courts to decide the important issues of free speech and *Charter* remedies that her case raises.

### Cases Cited

By Cromwell J.

**Applied:** *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; **referred to:** *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Crevier v. Quebec (Attorney General)*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Manuge v. Canada*, 2010 SCC 67, [2010] 3 S.C.R. 672; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Agriculture and Agri-Food)*, 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 65, [2010] 3 S.C.R. 648; *Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, aff'g (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Crispin v. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Hazel v. Ainsworth Engineered Corp.*, 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155; *Agnew v. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; *Ermina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 167 D.L.R. (4th) 764; *Cartier v. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298, leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv; *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576; *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217; *Royer v. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015

Le pourvoi doit donc être accueilli. Il n'a pas été satisfait au critère applicable pour radier au départ la demande de E et l'affaire doit être renvoyée aux tribunaux albertains pour qu'ils tranchent les questions importantes de liberté d'expression et de réparations fondées sur la *Charte* qu'évoque son cas.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Arrêt appliqué :** *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Crevier c. Québec (Procureur général)*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Manuge c. Canada*, 2010 CSC 67, [2010] 3 R.C.S. 672; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 65, [2010] 3 R.C.S. 648; *Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, conf. (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Crispin c. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246; *Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Hazel c. Ainsworth Engineered Corp.*, 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155; *Agnew c. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; *Ermina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8969; *Cartier c. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv; *Garnett c. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576; *Fray c. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217; *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199,

SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796.

By Abella J.

**Applied:** *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, aff'g (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Aberdeen*, 2006 ABCA 164, 384 A.R. 395; *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *R. v. Lilgert*, 2014 BCCA 493, 16 C.R. (7th) 346; *Broddy v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151; *Seweryn v. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Alkasabi v. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639 (WL Can.); *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87.

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

*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Sirroos v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298, leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170.

[2015] 1 R.C.F. 81; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

Citée par la juge Abella

**Arrêt appliqué :** *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, conf. (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Aberdeen*, 2006 ABCA 164, 384 A.R. 395; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *R. c. Lilgert*, 2014 BCCA 493, 16 C.R. (7th) 346; *Broddy c. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151; *Seweryn c. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Alkasabi c. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639 (WL Can.); *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87.

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

*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Sirroos c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170.

**Statutes and Regulations Cited**

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, Part 8.  
*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, rr. 3.24, 3.68.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 24.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31, s. 14.  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 33.1(21), 49(27), 82, 86.2(19).  
*Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10 [rep. 2012, c. R-17.3, s. 112], ss. 3, 16, 20, 43.  
*Environmental Review Tribunal Act, 2000*, S.O. 2000, c. 26, Sch. F, s. 8.1(1).  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 12(6).  
*Gas Resources Preservation Act*, R.S.A. 2000, c. G-4.  
*Human Rights Code*, C.C.S.M., c. H175, s. 62.  
*Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, s. 24.  
*Justices of the Peace Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-3, s. 4(5).  
*Justices of the Peace Act, 1988*, S.S. 1988-89, c. J-5.1, s. 12.9.  
*Labour Board Act*, S.N.S. 2010, c. 37, s. 11.  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 145.4.  
*Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 9.  
*Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6.  
*Oil Sands Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-7, s. 7.  
*Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15, ss. 6, 12.  
*Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, s. 68.  
*Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379, ss. 27.3, 42.  
*Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, s. 32.  
*Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3, s. 27.  
*Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10.  
*Workplace Safety and Insurance Act, 1997*, S.O. 1997, c. 16, Sch. A, s. 179(1).

**Authors Cited**

Alberta. Ministry of Energy. *2005-2006 Annual Report*. Edmonton: The Ministry, 2006.  
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan, and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

**Lois et règlements cités**

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, partie 8.  
*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, art. 3.24, 3.68.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 24.  
*Code des droits de la personne*, C.P.L.M., c. H175, art. 62.  
*Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31, art. 14.  
*Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10 [abr. 2012, c. R-17.3, art. 112], art. 3, 16, 20, 43.  
*Gas Resources Preservation Act*, R.S.A. 2000, c. G-4.  
*Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, art. 24.  
*Labour Board Act*, S.N.S. 2010, c. 37, art. 11.  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 145.4.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi de 1988 sur les juges de paix*, L.S. 1988-89, c. J-5.1, art. 12.9.  
*Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*, L.O. 1997, c. 16, ann. A, art. 179(1).  
*Loi de 2000 sur le Tribunal de l'environnement*, L.O. 2000, c. 26, ann. F, art. 8.1(1).  
*Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10.  
*Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, c. L.8, art. 9.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 12(6).  
*Loi sur les juges de paix*, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-3, art. 4(5).  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 33.1(21), 49(27), 82, 86.2(19).  
*Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6.  
*Oil Sands Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-7, art. 7.  
*Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15, art. 6, 12.  
*Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, art. 68.  
*Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379, art. 27.3, 42.  
*Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, art. 32.  
*Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3, art. 27.

**Doctrine et autres documents cités**

Alberta. Ministry of Energy. *2005-2006 Annual Report*, Edmonton, The Ministry, 2006.  
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan, and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.

Kligman, Robert D. “Judicial Immunity” (2011), 38 *Adv. Q.* 251.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.

Olowofoyeku, Abimbola A. *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Liability of the Crown*. Toronto: The Commission, 1989.

Sugarman, Stephen D. “A New Approach to Tort Doctrine: Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada” (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Watson and Slatter J.J.A.), 2014 ABCA 285, 580 A.R. 341, 2 Alta. L.R. (6th) 293, 75 Admin. L.R. (5th) 162, 12 C.C.L.T. (4th) 274, 85 C.E.L.R. (3d) 39, 319 C.R.R. (2d) 309, 620 W.A.C. 341, [2014] 11 W.W.R. 496, [2014] A.J. No. 975 (QL), 2014 CarswellAlta 1588 (WL Can.), affirming a decision of Wittmann C.J., 2013 ABQB 537, 570 A.R. 317, 85 Alta. L.R. (5th) 333, 5 C.C.L.T. (4th) 285, 78 C.E.L.R. (3d) 227, 292 C.R.R. (2d) 333, [2013] 12 W.W.R. 738, [2013] A.J. No. 1045 (QL), 2013 CarswellAlta 1836 (WL Can.). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown J.J. dissenting.

*W. Cory Wanless and Murray Klippenstein*, for the appellant.

*Glenn Solomon, Q.C.*, and *Christy Elliott*, for the respondent.

Written submissions only by *Robert Desroches* and *Carole Soucy*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Stuart Svonkin*, *Brendan Brammall* and *Michael Bookman*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Ryan D. W. Dalziel* and *Emily Lapper*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Raj Anand* and *Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Kligman, Robert D. « Judicial Immunity » (2011), 38 *Adv. Q.* 251.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.

Olowofoyeku, Abimbola A. *Suing Judges : A Study of Judicial Immunity*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Liability of the Crown*, Toronto, La Commission, 1989.

Sugarman, Stephen D. « A New Approach to Tort Doctrine : Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada » (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Côté, Watson et Slatter), 2014 ABCA 285, 580 A.R. 341, 2 Alta. L.R. (6th) 293, 75 Admin. L.R. (5th) 162, 12 C.C.L.T. (4th) 274, 85 C.E.L.R. (3d) 39, 319 C.R.R. (2d) 309, 620 W.A.C. 341, [2014] 11 W.W.R. 496, [2014] A.J. No. 975 (QL), 2014 CarswellAlta 1588 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge en chef Wittmann, 2013 ABQB 537, 570 A.R. 317, 85 Alta. L.R. (5th) 333, 5 C.C.L.T. (4th) 285, 78 C.E.L.R. (3d) 227, 292 C.R.R. (2d) 333, [2013] 12 W.W.R. 738, [2013] A.J. No. 1045 (QL), 2013 CarswellAlta 1836 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents.

*W. Cory Wanless et Murray Klippenstein*, pour l’appelante.

*Glenn Solomon, c.r.*, et *Christy Elliott*, pour l’intimé.

Argumentation écrite seulement par *Robert Desroches* et *Carole Soucy*, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Stuart Svonkin*, *Brendan Brammall* et *Michael Bookman*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Ryan D. W. Dalziel* et *Emily Lapper*, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Raj Anand* et *Cheryl Milne*, pour l’intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.



The reasons of Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. were delivered by

CROMWELL J. —

### I. Introduction

[1] The appellant, Ms. Ernst, claims that a quasi-judicial, regulatory board, the Alberta Energy Regulator (“Board”), breached her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. She brought a claim against the Board for damages as an “appropriate and just” remedy under s. 24(1) of the *Charter* for that alleged breach. The Board applied to strike this claim on the basis, among others, that it is protected by an immunity clause which precludes all claims in relation to the Board’s actions purportedly done pursuant to the legislation which the Board administers.

[2] Ms. Ernst’s position, in both her factum and oral argument, is that this immunity provision is unconstitutional because it purports to bar her claim for *Charter* damages. She submits that the *only* issue on this appeal is whether the immunity clause is constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a claim against the Board for *Charter* damages. She accepts, as the Alberta courts found, that the immunity clause on its face bars her claim; the issue she brings to the Court is whether this immunity clause is unconstitutional to the extent that it does so.

[3] That the provision purports to bar her damages claim is the foundation on which her appeal was argued. It follows that the Court must give effect to the immunity clause and strike Ms. Ernst’s claim unless she successfully challenges the clause’s constitutionality. In my view, she has not done so.

[4] Like the Alberta courts in this case, although for somewhat different reasons, I conclude that the

Version française des motifs des juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon rendus par

LE JUGE CROMWELL —

### I. Introduction

[1] L’appelante, M<sup>me</sup> Ernst, soutient qu’un organisme de réglementation quasi judiciaire, l’Alberta Energy Regulator (« Office »), a violé le droit à la liberté d’expression que lui garantit l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a réclamé à l’Office pour cette violation des dommages-intérêts en guise de réparation « convenable et juste » en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. L’Office a sollicité la radiation de cette demande au motif notamment qu’il est protégé par une disposition d’immunité qui empêche l’exercice de tout recours pour des actes que l’Office aurait accomplis en conformité avec la loi qu’il applique.

[2] M<sup>me</sup> Ernst prétend, à la fois dans son mémoire et sa plaidoirie, que la disposition d’immunité est inconstitutionnelle car elle vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Selon elle, la *seule* question en litige dans le présent pourvoi consiste à savoir si la disposition d’immunité est constitutionnellement inapplicable ou inopérante en ce qu’elle fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l’Office en vertu de la *Charte*. Elle reconnaît, conformément à la conclusion des tribunaux albertains, que la disposition d’immunité fait obstacle à première vue à sa demande; la question qu’elle soumet à la Cour est de savoir si la disposition d’immunité est inconstitutionnelle dans cette mesure.

[3] L’idée que la disposition vise à faire obstacle à la demande de dommages-intérêts de M<sup>me</sup> Ernst représente le fondement sur lequel elle a plaidé son pourvoi. Ainsi, la Cour doit donner effet à la disposition d’immunité et radier la demande de M<sup>me</sup> Ernst à moins qu’elle conteste avec succès la constitutionnalité de la disposition. À mon avis, elle n’y est pas parvenue.

[4] À l’instar des juridictions albertaines en l’espèce, quoique pour des raisons quelque peu différentes, je

claim for *Charter* damages should be struck out. I would therefore dismiss the appeal.

## II. Background

[5] My reference to the relevant background will be very brief because my colleagues, the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown, and Justice Abella, have detailed the claims and proceedings giving rise to the appeal.

[6] In a nutshell, Ms. Ernst claims that the Board breached her *Charter* right to freedom of expression by punishing her for publicly criticizing the Board and by preventing her, for a period of 16 months, from speaking to key offices within it. As she alleges in her claim, these restrictions limited her ability “to lodge complaints, register concerns and to participate in the [Board’s] compliance and enforcement process”: A.R., at p. 70. The Alberta Court of Queen’s Bench concluded that Ms. Ernst has pleaded a breach of her right to freedom of expression under the *Charter* and that this claim ought not to be struck out at this preliminary stage of the action: 2013 ABQB 537, 570 A.R. 317. Notwithstanding the Board’s submissions to the contrary, I accept that conclusion for the purposes of my analysis.

[7] The Board is a statutory, independent, quasi-judicial body responsible for regulating Alberta’s energy resource and utility sectors: Alberta Ministry of Energy, *2005-2006 Annual Report*, at p. 7.<sup>1</sup> It has regulatory and quasi-judicial duties under a number of Alberta statutes: *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, ss. 16 and 20, and see, e.g., *Gas Resources Preservation Act*, R.S.A. 2000, c. G-4; *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6; *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15. The Board is responsible for granting and overseeing licenses and making orders regarding energy related activities, such as pipeline construction and oil sand sites: *Oil Sands Conservation Act*, R.S.A. 2000,

<sup>1</sup> This document refers to the Energy and Utilities Board which was comprised, in part, of members of the Alberta Energy Regulator’s predecessor, the Energy Resources Conservation Board.

conclus que la demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* doit être radiée. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Contexte

[5] Je parlerai très brièvement des circonstances pertinentes parce que mes collègues la Juge en chef et les juges Moldaver et Brown, ainsi que la juge Abella, ont exposé en détail les recours et procédures à l’origine du pourvoi.

[6] En somme, M<sup>me</sup> Ernst soutient que l’Office a violé le droit à la liberté d’expression que lui garantit la *Charte* en la punissant pour avoir critiqué publiquement l’Office et en l’empêchant pendant 16 mois de s’adresser à ses bureaux clés. Comme elle l’allègue dans sa demande, ces restrictions ont limité sa faculté [TRADUCTION] « de porter plainte, d’exprimer des préoccupations et de participer au processus de surveillance de la conformité et d’application de la loi [de l’Office] » (d.a., p. 70). La Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a conclu que M<sup>me</sup> Ernst avait plaidé une violation de son droit à la liberté d’expression garanti par la *Charte* et qu’il n’y a pas lieu de radier cette allégation à cette étape préliminaire de la procédure (2013 ABQB 537, 570 A.R. 317). Malgré les arguments contraires de l’Office, je fais droit à cette conclusion pour les besoins de mon analyse.

[7] L’Office est un organisme quasi judiciaire indépendant créé par la loi qui a pour mission de réglementer les secteurs des ressources énergétiques et des services publics de l’Alberta (ministre de l’Énergie de l’Alberta, *2005-2006 Annual Report*, p. 7<sup>1</sup>). Ses obligations de réglementation et obligations quasi judiciaires lui sont imposées par plusieurs lois albertaines (*Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, art. 16 et 20, et voir, p. ex., *Gas Resources Preservation Act*, R.S.A. 2000, c. G-4; *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6; *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15). L’Office est chargé de délivrer des permis et de voir au respect de leurs conditions ainsi que

<sup>1</sup> Ce document parle de l’Energy and Utilities Board, dont faisaient partie notamment des membres de l’Energy Resources Conservation Board, le prédécesseur de l’Alberta Energy Regulator.

c. O-7, s. 7; *Pipeline Act*, ss. 6 and 12. The Board has the power to conduct inquiries, inspections, investigations and hearings, and to carry out remedial action where required. Additionally, the Board has procedures in place to receive public complaints and concerns and to perform its enforcement functions where its orders or regulatory rulings are not complied with.

[8] There is now no dispute that the Board does not owe Ms. Ernst a common law duty of care; her claim in negligence was struck out for that reason and the affirmation of that order by the Court of Appeal has not been appealed: 2014 ABCA 285, 2 Alta. L.R. (6th) 293.

[9] The Board is protected by a broadly worded immunity clause, namely, s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*:

#### Protection from action

43 No action or proceeding may be brought against the Board or a member of the Board or a person referred to in section 10 or 17(1) in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.

[10] We have received virtually no argument concerning the interpretation of this clause because it is common ground between the parties that this provision, on its face, purports to bar Ms. Ernst's claim for *Charter* damages, to the extent that she has such a claim against the Board. This point leads me to have some difficulty with the reasons of the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown.

de rendre des ordonnances portant sur des activités dans le secteur de l'énergie, comme la construction d'un pipeline et l'exploitation des sables bitumineux (*Oil Sands Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-7, art. 7; *Pipeline Act*, art. 6 et 12). L'Office possède le pouvoir de mener des inspections et des enquêtes, de tenir des audiences ainsi que de prendre au besoin des mesures de réparation. En outre, l'Office dispose de mécanismes qui lui permettent de recevoir les plaintes et préoccupations du public et de veiller à l'application de la loi lorsque ses ordonnances ou décisions de nature réglementaire ne sont pas respectées.

[8] Il est désormais acquis aux débats que l'Office n'a aucune obligation de diligence envers M<sup>me</sup> Ernst en common law, que son recours fondé sur la négligence a été radié pour cette raison et que la confirmation de l'ordonnance en question par la Cour d'appel n'a pas été portée en appel (2014 ABCA 285, 2 Alta. L.R. (6th) 293).

[9] L'Office est protégé par une disposition d'immunité formulée en termes larges, l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* :

[TRANSDUCTION]

#### Protection contre les poursuites

43 Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l'Office, un commissaire ou toute personne mentionnée à l'article 10 ou au paragraphe 17(1) pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l'Office, tout règlement d'application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l'Office.

[10] Nous n'avons reçu pratiquement aucun argument à propos de l'interprétation de cette disposition car les parties conviennent qu'elle vise à première vue à faire obstacle à la demande présentée par M<sup>me</sup> Ernst pour obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, pour autant qu'elle ait un tel droit d'action contre l'Office. Ce point m'amène à entretenir certaines réserves au sujet des motifs de la Juge en chef et des juges Moldaver et Brown.

[11] The Chief Justice and Justices Moldaver and Brown would allow the appeal on the basis that, contrary to Ms. Ernst’s position, it is not plain and obvious that the immunity provision on its face bars her claim for *Charter* damages. However, it is not open to the Court to dispose of the appeal on this basis, for several related reasons.

[12] First, not only did Ms. Ernst repeatedly submit, in writing and orally, that the immunity provision on its face bars her claim, this position was the foundation of her appeal.

[13] In her factum in this Court, Ms. Ernst submitted that the immunity provision on its face purports to bar her *Charter* damages claim. As she put it in her factum, the provision “completely eliminates the right to bring an action against [the Board] in all circumstances . . . . On its face, s. 43 is a total bar to any ‘action or proceeding’ whatsoever brought against [the Board] by anyone in all circumstances. Section 43 destroys all rights of action, and entirely eliminates the ability of any and all persons to even start a lawsuit against [the Board], regardless of the nature of the claim”: A.F., at para. 63 (emphasis in original). Ms. Ernst’s position is that the only issue on appeal is the constitutional question: whether the immunity clause is constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a damages claim against the Board for a breach of the *Charter*: A.F., at para. 41.

[14] Ms. Ernst took the same position — repeatedly — in oral submissions. Her counsel said that a valid cause of action “is clearly defeated” by the immunity provision: transcript, at pp. 3-4. He referred to the provision as barring any action in respect of “any act or thing done”: p. 12. He also referred to the provision as “an immunity clause of general application” which “simply on its face seems to apply to all claims against [the Board] no matter what they are about”: p. 12 (emphasis added). He further submitted that the immunity

[11] La Juge en chef ainsi que les juges Moldaver et Brown sont d’avis d’accueillir le pourvoi parce que, contrairement à ce que fait valoir M<sup>me</sup> Ernst, il n’est pas évident et manifeste que la disposition d’immunité fait obstacle à première vue à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. La Cour ne peut toutefois pas trancher l’appel sur cette base, et ce, pour plusieurs raisons connexes.

[12] Premièrement, non seulement M<sup>me</sup> Ernst a-t-elle soutenu maintes fois par écrit et de vive voix que la disposition d’immunité fait obstacle à première vue à sa demande, mais elle fonde aussi son pourvoi sur cette position.

[13] Dans son mémoire adressé à la Cour, M<sup>me</sup> Ernst a soutenu qu’à première vue, la disposition d’immunité vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Comme elle le dit dans son mémoire, la disposition [TRADUCTION] « élimine complètement le droit d’intenter une action contre [l’Office] en toutes circonstances [. . .] À première vue, l’art. 43 fait entièrement obstacle à toute “action ou instance” quelle qu’elle soit intentée contre [l’Office] par quiconque en toutes circonstances. L’article 43 détruit tous les droits d’action et écarte complètement la faculté de toute personne d’engager une poursuite contre [l’Office], peu importe la nature du recours » (m.a., par. 63 (souligné dans l’original)). Selon M<sup>me</sup> Ernst, le seul point en litige dans le présent pourvoi est la question constitutionnelle de savoir si la disposition d’immunité est constitutionnellement inapplicable ou inopérante en ce qu’elle fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l’Office pour violation de la *Charte* (m.a., par. 41).

[14] M<sup>me</sup> Ernst a exprimé maintes fois la même position dans sa plaidoirie. Son avocat a affirmé que la disposition d’immunité [TRADUCTION] « fait clairement échec » à une cause d’action valable (transcription, p. 3-4). Il a mentionné que la disposition faisait obstacle à toute action intentée pour « tout acte ou toute chose [. . .] accompli » (p. 12). Il a également qualifié la disposition de « disposition d’immunité d’application générale » qui « semble tout simplement, à première vue, s’appliquer à toute demande présentée contre [l’Office], quelle qu’en

provision does not simply limit rights or restrict the remedies that are appropriate, but that “it blocks all rights”: p. 12. Ms. Ernst’s counsel further submitted that “the issue for today is section 43 [i.e. the immunity provision] which is a blanket statutory immunity clause. It says no proceeding or action no matter what we do”: pp. 19-20 (emphasis added).

[15] The Court of course is not bound by positions taken by parties on questions of law such as this one: see, e.g., *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 62. But I see no reason to think that Ms. Ernst’s position on the interpretation of the immunity provision is wrong in law. No one has cited any authority — and I am aware of none — to suggest that it is wrong. I agree with Abella J. that we should hold that it is “plain and obvious” that the immunity clause on its face bars Ms. Ernst’s claim for *Charter* damages.

[16] To do otherwise is unfair to the Board. In light of Ms. Ernst’s position in her factum and during oral submissions, the Board had no reason to think that there was any doubt that the provision purports to bar her claim. The Board had no indication that this issue was in question, let alone that it could become the basis on which the appeal might be decided against it. The holding proposed by the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown would deprive the Board of any opportunity to make submissions on what has become, unbeknownst to the parties, the key point in the case. This is unfair.

[17] Finally, the reasons of the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown, without citing authority in support and without the benefit of any argument on the point, cast doubt on the scope of this immunity clause where there has up until now been none. And in doing that, doubt is also cast on the scope of scores of other immunity provisions in

soit la teneur » (p. 12 (je souligne)). Il a ajouté que la disposition d’immunité ne fait pas que limiter des droits ou restreindre les réparations convenables : « elle bloque tous les droits » (p. 12). Toujours selon l’avocat de M<sup>me</sup> Ernst, « la question à trancher aujourd’hui est l’art. 43 [c.-à-d. la disposition d’immunité], une disposition législative générale prévoyant une immunité. Elle prévoit “aucune instance ou action”, peu importe ce que nous faisons » (p. 19-20 (je souligne)).

[15] Bien entendu, la Cour n’est pas liée par les positions que défendent les parties sur des questions de droit comme celle qui nous occupe (voir, p. ex., *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 62). Je ne vois cependant aucune raison de considérer que le point de vue de M<sup>me</sup> Ernst au sujet de l’interprétation de la disposition d’immunité est inexact en droit. Personne n’a cité de source laissant entendre que ce point de vue est inexact, et je n’en connais aucune. À l’instar de la juge Abella, j’estime que nous devons conclure qu’il est « évident et manifeste » que la disposition d’immunité fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par M<sup>me</sup> Ernst en vertu de la *Charte*.

[16] Conclure le contraire est injuste pour l’Office. Vu la position défendue par M<sup>me</sup> Ernst dans son mémoire et pendant sa plaidoirie, l’Office n’avait aucune raison de croire qu’il persistait quelque doute que ce soit quant au fait que la disposition vise à faire obstacle à sa demande. Rien n’indiquait à l’Office que ce point était en jeu et encore moins qu’il pouvait devenir le motif pour lequel il pourrait être débouté en appel. La conclusion que proposent de tirer la Juge en chef ainsi que les juges Moldaver et Brown priverait l’Office de toute possibilité de faire valoir son point de vue sur ce qui est devenu, à l’insu des parties, la question clé en l’espèce. Cela est injuste.

[17] Enfin, les motifs de la Juge en chef et des juges Moldaver et Brown, qui ne citent aucune source à l’appui et ne disposent d’aucun argument sur ce point, jettent un doute sur la portée de cette disposition d’immunité alors qu’il n’y en avait aucun jusqu’à présent. Et ils jettent aussi par le fait même un doute sur la portée des multiples

many statutes across Canada. As I see it, this result is unnecessary, undesirable and unjustified.

[18] I will therefore approach the appeal on the basis that Ms. Ernst herself urged us to adopt — that the immunity provision (s. 43) purports to bar her *Charter* damages claim.

[19] That leaves only one issue for decision: Has Ms. Ernst successfully challenged the constitutionality of s. 43? If the provision on its face bars her claim and she has not successfully challenged the provision's constitutionality, the Court must give effect to the immunity clause and strike the claim.

### III. Analysis

[20] Ms. Ernst has not successfully challenged the constitutionality of s. 43. If, as my colleagues would hold, the record were not adequate to consider the constitutionality of s. 43, then it should follow that Ms. Ernst's constitutional challenge cannot succeed and the appeal should be dismissed, contrary to the result reached by the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown. In my view, however, we should consider the constitutional challenge on its merits, and when we do so, the appeal should still be dismissed.

#### A. *If the Record Were Inadequate to Address the Constitutionality of the Provision, the Appeal Must Be Dismissed*

[21] When a court is faced with an immunity clause that bars a plaintiff's claim (as this one does), the court cannot refuse to rule on the law's constitutionality and yet also refuse to apply the clause. Having had more than ample opportunity to do so, Ms. Ernst has failed to discharge her burden of showing that the law is unconstitutional, a burden sometimes described as a presumption of constitutionality: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at pp. 124-25.

dispositions d'immunité que l'on trouve dans de nombreuses lois canadiennes. D'après moi, ce résultat est inutile, indésirable et injustifié.

[18] J'aborderai donc le pourvoi en me fondant sur la prémisse que M<sup>me</sup> Ernst elle-même nous exhorte à faire nôtre : la disposition d'immunité (art. 43) vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

[19] Il ne reste donc qu'une seule question à trancher : M<sup>me</sup> Ernst a-t-elle contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 43? Si la disposition fait obstacle à première vue à sa demande et elle n'en a pas contesté avec succès la constitutionnalité, la Cour doit donner effet à la disposition d'immunité et radier la demande.

### III. Analyse

[20] M<sup>me</sup> Ernst n'a pas contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 43. Si, comme l'estiment mes collègues, le dossier était insuffisant pour examiner la constitutionnalité de l'art. 43, il doit alors s'ensuire que la contestation constitutionnelle de M<sup>me</sup> Ernst ne peut être accueillie et que le pourvoi doit être rejeté, contrairement au résultat auquel sont parvenus la Juge en chef ainsi que les juges Moldaver et Brown. Je suis toutefois d'avis qu'il y a lieu pour nous d'examiner au fond la contestation constitutionnelle et de rejeter encore le pourvoi à l'issue de cette tâche.

#### A. *Si le dossier était insuffisant pour statuer sur la constitutionnalité de la disposition, il faut rejeter le pourvoi*

[21] En présence d'une disposition d'immunité qui fait obstacle à la demande d'un demandeur (tout comme la disposition en l'espèce), le tribunal ne peut refuser de statuer sur la constitutionnalité de la loi, tout en refusant néanmoins d'appliquer la disposition. Même si elle a eu amplement l'occasion de le faire, M<sup>me</sup> Ernst ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer que la loi est inconstitutionnelle, un fardeau parfois qualifié de présomption de constitutionnalité (*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 124-125).

[22] Where a person challenging a law's constitutionality fails to provide an adequate factual basis to decide the challenge, the challenge fails. As Cory J. put it on behalf of the Court in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 366, "the absence of a factual base is not just a technicality that could be overlooked, but rather it is a flaw that is fatal to the appellants' position" (emphasis added).

[23] It follows that if, as Ms. Ernst maintains, the immunity provision clearly purports to bar her damages claim, and if the record before the Court is not adequate to permit a decision on its constitutionality, then the immunity clause must be applied, Ms. Ernst's claim for *Charter* damages struck out and the appeal dismissed.

B. *Charter Damages Would Never Be an Appropriate Remedy Against This Board*

[24] If *Charter* damages could never be an appropriate and just remedy for *Charter* breaches by the Board, then s. 43 does not limit the availability of such a remedy under the *Charter* and the provision cannot be unconstitutional. In my view, *Charter* damages could not be an appropriate remedy.

[25] Underlying the question of whether *Charter* damages could be an appropriate remedy is a broader issue. It concerns how to strike an appropriate balance so as to best protect two important pillars of our democracy: constitutional rights and effective government; see, e.g., *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 79. Granting *Charter* damages may vindicate *Charter* rights, provide compensation and deter future violations. But awarding damages may also inhibit effective government, and remedies other than damages may provide substantial redress for the claimant without having that sort of broader adverse impact. Thus there is a need for balance with respect to the choice of remedies. This concern for

[22] Si la personne qui conteste la constitutionnalité d'une loi ne fournit pas un fondement factuel suffisant pour trancher la contestation, celle-ci avorte. Comme l'a mentionné le juge Cory au nom de la Cour dans *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, p. 366, « [l]e fondement factuel n'est donc pas une simple formalité qui peut être ignorée et, bien au contraire, son absence est fatale à la thèse présentée par les appelants » (je souligne).

[23] Par conséquent, si, comme le soutient M<sup>me</sup> Ernst, la disposition d'immunité vise clairement à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts et si le dossier soumis à la Cour ne permet pas de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition, il faut appliquer la disposition d'immunité, radier la demande de dommages-intérêts présentée par M<sup>me</sup> Ernst en vertu de la *Charte* et rejeter le pourvoi.

B. *Il ne convient jamais de condamner l'Office à des dommages-intérêts en vertu de la Charte*

[24] Si l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l'Office, l'art. 43 ne limite pas la possibilité d'obtenir une telle réparation au sens de la *Charte* et cette disposition ne saurait être inconstitutionnelle. À mon avis, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut être une réparation convenable.

[25] Un thème plus général sous-tend la question de savoir si l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut constituer une réparation convenable. Il s'agit de savoir comment établir un juste équilibre de manière à mieux protéger deux grands piliers de notre démocratie : les droits constitutionnels et l'efficacité gouvernementale (voir, p. ex., *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 79). L'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut défendre des droits garantis par la *Charte*, fournir une indemnité et dissuader de nouvelles violations. Cependant, l'octroi de dommages-intérêts peut également gêner l'efficacité du gouvernement, et des réparations autres que les

balance was emphasized recently in *Henry v. British Columbia (Attorney General)* in words that are especially apt in this case: “Courts should endeavour, as much as possible, to rectify *Charter* breaches with appropriate and just remedies. Nevertheless, when it comes to awarding *Charter* damages, courts must be careful not to extend their availability too far” (2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214, at para. 91).

[26] The leading case about when *Charter* damages are an appropriate and just remedy is *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28. Applying the principles set out in that case, damages are not an appropriate and just remedy for *Charter* violations by this Board. Not every bare allegation claiming *Charter* damages must proceed to an individualized, case-by-case consideration on its particular merits. *Ward* held that *Charter* damages will not be an appropriate and just remedy where there is an effective alternative remedy or where damages would be contrary to the demands of good governance. These considerations, taken together, support the conclusion that the proper balance would be struck by holding that damages are not an appropriate remedy.

[27] Section 24(1) of the *Charter* confers on the courts a broad remedial authority. As has been said, “[i]t is difficult to imagine . . . a wider and less fettered discretion”: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965. This broad discretion should not be narrowed by “casting it in a straight-jacket of judicially prescribed conditions”: *Ward*, at para. 18. But this does not mean that *Charter* breaches should always, or even routinely, be remedied by awards of *Charter* damages. The remedy of damages is limited to situations in which it

dommages-intérêts peuvent offrir un redressement important au demandeur sans avoir un tel effet préjudiciable général, d’où la nécessité d’un équilibre dans le choix des réparations. La Cour a souligné récemment ce souci de l’équilibre dans *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)* en des termes qui sont particulièrement valables en l’espèce : « Les tribunaux doivent, dans la mesure du possible, s’efforcer de rectifier les violations de la *Charte* en accordant des réparations convenables et justes. Toutefois, lorsqu’il s’agit d’accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, ils doivent se garder d’en permettre trop largement l’attribution » (2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214, par. 91).

[26] L’arrêt de principe quant aux circonstances dans lesquelles des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* constituent une réparation convenable et juste est *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28. Après application des principes énoncés dans cet arrêt, force est de constater que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l’Office. Il n’y a pas lieu d’examiner sur le fond au cas par cas toutes les simples allégations selon lesquelles des dommages-intérêts doivent être accordés en vertu de la *Charte*. D’après *Ward*, les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne sont pas une réparation convenable et juste s’il existe une autre réparation efficace ou si les dommages-intérêts seraient contraires aux impératifs du bon gouvernement. Prises ensemble, ces considérations étayent la conclusion selon laquelle on atteint un juste équilibre en concluant que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable.

[27] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère aux tribunaux un vaste pouvoir de réparation. Comme on l’a dit, « [i]l est difficile de concevoir [. . .] un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965). Il ne faut pas restreindre ce large pouvoir discrétionnaire en « l’enserrant dans un corset de conditions d’origine jurisprudentielle » (*Ward*, par. 18). Toutefois, cela ne veut pas dire qu’il convient toujours, ou même couramment, de remédier à des violations de la *Charte* en accordant des dommages-intérêts en



is “appropriate and just” because it serves one or more of the compensatory, vindicatory and deterrent purposes which support that choice of remedy: *Ward*, at para. 32. Countervailing factors may establish that damages are not an appropriate and just remedy even though they would serve these ends: *Ward*, at para. 33.

[28] The list of countervailing factors is not closed. So far, two have been identified: the existence of alternative remedies and concerns for good governance: *Ward*, at para. 33; see also para. 42. I conclude, therefore, that *Ward* does not preclude the immunity of the Board to *Charter* damages. Rather, *Ward* set out two countervailing factors that could negate the appropriateness of *Charter* damages and specifically left open the development of others.

[29] The jurisprudence does not require that every pleaded claim for *Charter* damages be assessed on an individualized, case-by-case basis. *Ward*, for example, specifically contemplates the development of new defences to *Charter* damages claims and these defences are not limited to enhanced liability thresholds. Countervailing factors against granting *Charter* damages may be of a more generalized nature, reflecting the availability of other remedies, the accumulated wisdom of the common law and strong indications of public policy.

[30] First, there is an alternative remedy — judicial review — that substantially addresses the alleged *Charter* breach. Judicial review is available to vindicate *Charter* rights and to clarify the law so as to prevent similar future breaches. Second, good governance concerns are also engaged as granting damages undermines the effectiveness of the Board and inhibits effective governance. Third, to

vertu de celle-ci. Des dommages-intérêts ne peuvent être octroyés que dans des cas où ils sont « convenables et justes » parce qu’ils répondent à un ou à plusieurs des objectifs d’indemnisation, de défense du droit en cause et de dissuasion qui appuient ce choix de réparation (*Ward*, par. 32). Des facteurs faisant contrepoids peuvent établir que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable et juste même s’ils serviraient ces fins (*Ward*, par. 33).

[28] La liste des facteurs qui font contrepoids n’est pas exhaustive. Deux d’entre eux ont été relevés jusqu’à présent : l’existence d’autres recours et les préoccupations relatives au bon gouvernement (*Ward*, par. 33; voir aussi le par. 42). Je conclus donc que *Ward* n’empêche pas l’Office de se soustraire à une condamnation à des dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Cet arrêt a plutôt énoncé deux facteurs faisant contrepoids qui peuvent rendre inapproprié l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* et a expressément maintenu la possibilité qu’apparaissent d’autres facteurs de ce genre.

[29] La jurisprudence n’exige pas que chaque demande de dommages-intérêts présentée en vertu de la *Charte* soit examinée au cas par cas. L’arrêt *Ward*, par exemple, prévoit explicitement l’éclosion de nouveaux moyens de défense opposables à des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* et ces moyens de défense vont au-delà des seuils de responsabilité plus élevés. Les facteurs faisant contrepoids en raison desquels il ne convient pas d’octroyer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peuvent être de nature plus générale, ce qui révèle la possibilité d’obtenir d’autres réparations, la sagesse acquise en common law et des fortes indications d’intérêt public.

[30] Premièrement, il existe un autre recours, le contrôle judiciaire, qui permet de remédier substantiellement à la violation alléguée de la *Charte*. Il est possible de recourir au contrôle judiciaire pour défendre des droits garantis par la *Charte* et pour clarifier le droit dans le but de prévenir de semblables violations à l’avenir. Deuxièmement, les préoccupations relatives au bon gouvernement entrent elles

determine the appropriateness of *Charter* damages against this type of board on a case-by-case basis in a highly factual and contextual manner largely undermines the purposes served by an immunity.

[31] When these countervailing factors are considered collectively — that is, when one looks at their cumulative effect — they negate the appropriateness of an otherwise functionally justified award of *Charter* damages against this Board. In short, damages are not an appropriate and just remedy for the Board's *Charter* breaches.

(1) Judicial Review Is an Available Alternative Remedy

[32] The first countervailing factor discussed in *Ward* was the availability of alternative remedies: para. 33. Once the claimant establishes that damages would further one or more of the objectives of compensation, vindication and deterrence, it is open to the state to show that other remedies are available that will sufficiently address the breach: para. 35. As stated in *Henry*, where another remedy is available to effectively address a *Charter* breach, damages may be precluded by virtue of this countervailing factor: para. 38. In my view, the availability of judicial review to address alleged *Charter* breaches by the Board is a strong countervailing factor.

[33] I have no doubt, as my colleague Justice Abella notes, that judicial review is available to address the Board's alleged *Charter* breaches. Both the Alberta Court of Queen's Bench and the Court of Appeal so found. Ms. Ernst does not deny this in her factum and the brief oral submissions suggesting that judicial review was not available were not persuasive. Further, the statutory immunity clause

aussi en jeu car l'octroi de dommages-intérêts nuit au bon travail de l'Office et gêne l'efficacité du gouvernement. Troisièmement, juger au cas par cas du caractère convenable d'une condamnation de ce type d'office à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en mettant l'accent sur les faits et le contexte mine grandement la raison d'être de l'immunité.

[31] Quand on examine ensemble ces facteurs faisant contrepoids, c'est-à-dire en se penchant sur leur effet cumulatif, on constate qu'ils rendent inappropriée la condamnation par ailleurs justifiée, d'un point de vue fonctionnel, de l'Office à des dommages-intérêts fondés sur la *Charte*. Bref, les dommages-intérêts ne sont pas une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l'Office.

(1) La possibilité de recourir également au contrôle judiciaire

[32] Le premier facteur faisant contrepoids dont traite l'arrêt *Ward* est la possibilité d'exercer d'autres recours (par. 33). Une fois que le demandeur établit que les dommages-intérêts favoriseraient la réalisation d'un ou de plusieurs des objectifs d'indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion, il est loisible à l'État de démontrer que d'autres recours permettraient de remédier suffisamment à la violation (par. 35). Comme l'indique *Henry*, lorsqu'il existe un autre recours permettant de remédier efficacement à une violation de la *Charte*, les dommages-intérêts peuvent être exclus en raison de ce facteur faisant contrepoids (par. 38). À mon avis, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire pour remédier aux violations de la *Charte* qu'on reproche à l'Office est un important facteur faisant contrepoids.

[33] Je n'ai aucun doute, comme le signale ma collègue la juge Abella, qu'il est possible d'avoir recours au contrôle judiciaire pour remédier aux violations de la *Charte* reprochées à l'Office. C'est la conclusion à laquelle arrivent la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel de l'Alberta. M<sup>me</sup> Ernst ne le nie pas dans son mémoire et les brefs arguments de vive voix selon lesquels il était impossible

cannot bar access to judicial review: *Crevier v. Quebec (Attorney General)*, [1981] 2 S.C.R. 220.

[34] The availability of judicial review is important for two reasons.

[35] First, judicial review can provide substantial and effective relief against alleged *Charter* breaches by a quasi-judicial and regulatory board like this one. The facts of this case strikingly illustrate the utility of the remedy of judicial review. The basis of Ms. Ernst's complaint is that the Board abused its discretion and breached the *Charter* by refusing to deal with her. If that claim were established in the context of judicial review, a superior court could set aside the directive which Ms. Ernst alleges was issued to stop interaction with her and could order corrective action. Such orders would go a long way towards vindicating Ms. Ernst's *Charter* rights.

[36] Moreover, judicial review would in all likelihood provide vindication in a much more timely manner than an action for damages. Again, the facts of this case provide a good example of how this could be so. Ms. Ernst did not start her action for damages until some two years after the alleged breach, and several months *after* the Board had rescinded the directive which she challenged. A prompt application for judicial review had the potential to achieve practical relief much sooner. While an application for judicial review would not have led to an award of damages, it might well have addressed the breach much sooner and thereby significantly reduced the extent of its impact as well as vindicated Ms. Ernst's *Charter* right to freedom of expression. Finally, judicial review would have provided a convenient process to clarify what the *Charter* required of the Board. That sort of

de se pourvoir en contrôle judiciaire n'étaient pas convaincants. De plus, la disposition législative prévoyant une immunité ne peut faire obstacle au contrôle judiciaire (*Crevier c. Québec (Procureur général)*, [1981] 2 R.C.S. 220).

[34] La possibilité de recourir au contrôle judiciaire est importante pour deux raisons.

[35] En premier lieu, le contrôle judiciaire permet d'obtenir une réparation substantielle et efficace pour les violations de la *Charte* reprochées à un organisme de réglementation quasi judiciaire comme celui en l'espèce. Les faits de l'espèce illustrent de manière frappante l'utilité du recours au contrôle judiciaire. Ce que M<sup>me</sup> Ernst reproche fondamentalement à l'Office, c'est d'avoir abusé de son pouvoir discrétionnaire et d'avoir violé la *Charte* en refusant de traiter avec elle. Si le bien-fondé de cette allégation était établi dans le cadre d'un contrôle judiciaire, une cour supérieure pourrait annuler la directive qui, aux dires de M<sup>me</sup> Ernst, avait été adoptée pour que l'Office cesse de communiquer avec elle et ordonner la prise de mesures correctives. Pareilles ordonnances contribueraient grandement à la défense des droits garantis à M<sup>me</sup> Ernst par la *Charte*.

[36] Qui plus est, le contrôle judiciaire permettrait selon toute vraisemblance de défendre ces droits beaucoup plus rapidement qu'une action en dommages-intérêts. Là encore, les faits de l'espèce illustrent bien comment cet objectif peut être atteint. M<sup>me</sup> Ernst n'a intenté son action en dommages-intérêts que quelque deux ans après la violation alléguée et plusieurs mois *après* que l'Office eut annulé la directive qu'elle contestait. Une demande de contrôle judiciaire présentée avec célérité pouvait déboucher beaucoup plus tôt sur un redressement concret. Certes, une demande de contrôle judiciaire n'aurait pas donné lieu à l'octroi de dommages-intérêts, mais elle aurait fort bien pu remédier à la violation beaucoup plus tôt et réduire considérablement par le fait même l'ampleur de ses répercussions, en plus de défendre le droit à la liberté d'expression garanti à M<sup>me</sup> Ernst par la

clarification plays an important role in preventing similar future rights infringements.

[37] Thus, judicial review of the Board's decisions and directives has the potential to provide prompt vindication of *Charter* rights, to provide effective relief in relation to the Board's conduct in the future, to reduce the extent of any damage flowing from the breach, and to provide legal clarity to help prevent any future breach of a similar nature. While the remedies available under judicial review do not include *Charter* damages, *Ward* directs us to consider the existence of alternative remedies, not identical ones: para. 33.

[38] The availability of judicial review is important for a second reason: it distinguishes this case from others in which the Court has crafted an elevated liability threshold in preference to a complete immunity. For example, the rationale for denying absolute immunity to prosecutors in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, does not apply to claims against quasi-judicial regulatory boards. Lamer J. (as he then was) in *Nelles* found that none of the alternative remedies to a civil suit for malicious prosecution adequately redressed that wrong: p. 198. However, unlike in *Nelles*, a claimant who alleges the decision or action of a quasi-judicial regulatory body has infringed his or her *Charter* rights or freedoms is not without a remedy, given the availability of judicial review. Similarly, in *Henry*, which established an elevated liability threshold for *Charter* damages for failure of the prosecutor's duty to disclose, the majority of the Court noted that such conduct is, for practical purposes, largely untouchable by way of judicial review: para. 49. In contrast to the claims arising out of alleged misconduct by prosecutors as in *Nelles* and *Henry*, there is a wide range of remedies available through judicial review for *Charter* breaches by quasi-judicial and regulatory boards such as this one. The availability and utility of the remedy of judicial review in this

*Charte*. Enfin, le contrôle judiciaire aurait fourni un moyen commode de préciser ce que la *Charte* exigeait de l'Office. Ce genre de précision joue un rôle important dans la prévention d'autres atteintes semblables aux droits à l'avenir.

[37] Le contrôle judiciaire des décisions et directives de l'Office permet donc de défendre rapidement des droits protégés par la *Charte*, d'obtenir un redressement concret en ce qui concerne les agissements futurs de l'Office, de réduire l'ampleur de tout préjudice découlant de la violation et de clarifier le droit pour aider à prévenir toute nouvelle violation semblable. Bien que les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne fassent pas partie des réparations auxquelles donne ouverture le contrôle judiciaire, *Ward* nous enjoint de prendre en considération l'existence d'autres recours, et non de recours identiques (par. 33).

[38] La possibilité de se pourvoir en contrôle judiciaire est importante pour une seconde raison : c'est ce qui distingue la présente affaire de celles où la Cour a élaboré un seuil de responsabilité élevé plutôt qu'une immunité complète. Par exemple, la raison d'être du refus d'accorder une immunité absolue aux poursuivants dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, ne vaut pas pour les réclamations contre des organismes de réglementation quasi judiciaires. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a conclu dans *Nelles* qu'aucune des autres réparations sur lesquelles peut déboucher une action civile pour poursuite abusive ne permettait de réparer adéquatement ce tort (p. 198). Or, contrairement à la demanderesse dans *Nelles*, le demandeur qui prétend que la décision ou la mesure d'un organisme de réglementation quasi judiciaire a porté atteinte aux droits ou libertés que lui garantit la *Charte* n'est pas sans recours, car il lui est possible de recourir au contrôle judiciaire. De même, dans *Henry*, où la Cour a établi un seuil élevé de responsabilité applicable aux dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* pour manquement du poursuivant à son devoir de communication, les juges majoritaires de la Cour ont signalé qu'une telle conduite est, dans les faits, soustraite en grande partie au contrôle judiciaire (par. 49).

context supports a different remedial balance than was struck in *Nelles* and *Henry*.

[39] The Court's decision in *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, like the decision in *Henry*, underlines the importance of the entire context in establishing this remedial balance. And, of course, the availability of judicial review is only one of these considerations. The issue in *Hinse* was whether the general Quebec rules of extracontractual civil liability apply to the federal Crown in relation to the exercise of the royal prerogative of mercy: para. 45. In deciding on the proper scope of immunity, the Court considered the context: the nature of the Minister's functions in exercising the royal prerogative of mercy; the relevant law in relation to the liability threshold applying to Crown prosecutors; the availability of judicial review; and the general principles of civil law. As the Court noted, significant differences in the content of the duties under consideration mean that the duties must be analyzed from a different perspective: para. 44. Both *Hinse* and *Henry* demonstrate that the contours of liability must be considered in the context of, among other things, the particular state actor, having regard to the nature of the duties, the potential availability of other remedies and general principles of liability. That is the analysis that I have conducted in this case.

[40] Ms. Ernst submits that the potential to be granted a remedy through judicial review cannot be used to bar a *Charter* claim under s. 24(1). Citing *Manuge v. Canada*, 2010 SCC 67, [2010] 3 S.C.R. 672, Ms. Ernst argues that if a plaintiff has pleaded a valid cause of action for *Charter* damages, the provincial superior court should not decline jurisdiction on the basis that the claim could be pursued by judicial review. This submission, however, overstates the holding in *Manuge* and the other

Contrairement aux demandes découlant d'une in-conduite reprochée à des poursuivants, comme dans *Nelles* et *Henry*, une vaste gamme de réparations peuvent être obtenues par voie de contrôle judiciaire pour les violations de la *Charte* commises par des organismes de réglementation quasi judiciaires comme celui en l'espèce. La possibilité et l'utilité de recourir au contrôle judiciaire dans ce contexte justifient un équilibre réparateur différent de celui atteint dans *Nelles* et *Henry*.

[39] À l'instar de l'arrêt *Henry*, l'arrêt *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, souligne l'importance que revêt tout le contexte quand vient le temps d'établir cet équilibre réparateur. Et, bien sûr, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire n'est qu'une de ces considérations. Dans *Hinse*, il s'agissait de savoir si l'État fédéral est assujéti au régime général de responsabilité civile extracontractuelle du Québec en ce qui a trait à l'exercice de la prérogative royale de clémence (par. 45). Pour décider de la portée que doit avoir l'immunité, la Cour a examiné le contexte : la nature des fonctions dont s'acquitte le ministre dans l'exercice de la prérogative royale de clémence; le droit applicable au seuil de responsabilité des procureurs de la Couronne; la possibilité d'avoir recours au contrôle judiciaire; les principes généraux du droit civil. Comme l'a indiqué la Cour, des différences importantes dans la teneur des fonctions à l'examen commandent d'analyser les fonctions sous un éclairage différent (par. 44). *Hinse* et *Henry* démontrent tous deux que les contours de la responsabilité doivent être examinés eu égard notamment à l'acteur étatique en cause, à la nature des fonctions, à la possibilité d'intenter d'autres recours et aux principes généraux de la responsabilité. Voilà l'analyse que j'ai faite en l'espèce.

[40] M<sup>me</sup> Ernst fait valoir que la possibilité de se voir accorder une réparation par voie de contrôle judiciaire ne saurait être utilisée pour faire échec à une demande présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Citant *Manuge c. Canada*, 2010 CSC 67, [2010] 3 R.C.S. 672, elle soutient que, si un demandeur a plaidé une cause d'action valable en dommages-intérêts fondés sur la *Charte*, la cour supérieure provinciale ne devrait pas décliner compétence au motif qu'il est possible d'exercer la

*TeleZone* line of cases: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Agriculture and Agri-Food)*, 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 65, [2010] 3 S.C.R. 648; *Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657. The issue in those cases was whether a successful application for judicial review was a prerequisite to seeking damages. The Court held it was not. The Court did not comment on the appropriateness of a *Charter* damages award against a quasi-judicial board.

[41] In sum, judicial review is an alternative, and more effective, remedy for *Charter* breaches by the Board. And, as I will discuss, the availability of judicial review is only one of the countervailing factors that weigh heavily against the appropriateness of *Charter* damages awards against the Board.

(2) Good Governance Concerns

(a) *The “Practical Wisdom” of Private Law*

[42] “[C]oncern for effective governance” was the second category of factors identified in *Ward* as militating against damages being an appropriate and just remedy: para. 38. The Court in *Ward* noted that “the state must be afforded some immunity from liability in damages resulting from the conduct of certain functions that only the state can perform. . . . [I]mmunity is justified because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion”: para. 40. Quintessentially, the Board is a state actor whose responsibilities are of a policy-making and adjudicative nature.

demande par voie de contrôle judiciaire. Cet argument surestime toutefois la portée de la conclusion tirée dans *Manuge* et les autres arrêts rendus dans la foulée de *TeleZone* (*Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 65, [2010] 3 R.C.S. 648; *Agence canadienne d’inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657). La question en litige dans ces affaires était de savoir s’il fallait avoir gain de cause en contrôle judiciaire avant de réclamer des dommages-intérêts. La Cour a décidé que ce n’était pas le cas. Elle ne s’est pas prononcée sur l’opportunité de condamner un organisme quasi judiciaire à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

[41] En résumé, le contrôle judiciaire est un autre moyen, plus efficace de surcroît, de remédier aux violations de la *Charte* commises par l’Office. Et, comme je l’expliquerai, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire n’est qu’un des facteurs faisant contrepoids qui militent fortement contre l’opportunité de condamner l’Office à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

(2) Les préoccupations relatives au bon gouvernement

a) *La « sagesse pratique » du droit privé*

[42] Les « préoccupations relatives au bon gouvernement » formaient la seconde catégorie de facteurs en raison desquels, selon l’arrêt *Ward*, les dommages-intérêts ne sont pas une réparation convenable et juste (par. 38). Dans *Ward*, la Cour a souligné que « l’État doit pouvoir jouir d’une certaine immunité qui écarte sa responsabilité pour les dommages résultant de certaines fonctions qu’il est seul à pouvoir exercer. [ . . . ] L’immunité est justifiée, car le droit ne saurait paralyser l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d’élaboration de politiques » (par. 40). L’Office est essentiellement un acteur étatique qui a pour fonctions d’élaborer des politiques et de rendre des décisions.

[43] *Charter* damages are, of course, a distinct and autonomous remedy. But that does not mean that the development of that remedy should ignore the accumulated insights of the general law. *Ward* noted that private law thresholds and defences may offer guidance about when *Charter* damages may be an appropriate remedy because “the existing causes of action against state actors embody a certain amount of ‘practical wisdom’ concerning the type of situation in which it is or is not appropriate to make an award of damages against the state”: para. 43. Considering private law is not, of course, simply transposing private law rules into the *Charter* context. The majority of the Court in *Henry*, for example, considered the policy factors outlined in the malicious prosecution context in *Nelles* and found it appropriate to rely on them heavily in establishing the liability threshold for *Charter* damages: *Henry*, at paras. 66-74. It is therefore helpful to consider the law governing Ms. Ernst’s private law claim in negligence against the Board.

[44] No one contests that the Board owes Ms. Ernst no duty of care under the private law of negligence. In negligence law, whether there is a duty of care depends on the existence of foreseeability and proximity, and the absence of countervailing policy considerations: *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, at para. 30; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129. In the case of public regulators, for reasons of insufficient proximity or countervailing policy considerations, or both, courts have generally held that these state actors do not owe claimants a duty of care: *Cooper; Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562.

[45] The policy reasons considered capable of negating a *prima facie* duty of care have included

[43] Bien entendu, les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* constituent une réparation distincte et indépendante, mais il ne s’ensuit pas pour autant que l’évolution de cette réparation doit négliger les enseignements du droit en général. Selon *Ward*, les seuils et les moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à établir dans quels cas les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* constituent peut-être une réparation convenable parce que « les causes d’action existantes contre les représentants de l’État recèlent une certaine “sagesse pratique” à l’égard du genre de situations où il serait convenable ou non de contraindre l’État à verser des dommages-intérêts » (par. 43). Il va de soi que l’examen du droit privé ne consiste pas à transposer simplement ses règles dans le contexte de la *Charte*. Par exemple, les juges majoritaires dans *Henry* se sont penchés sur les facteurs de politique générale qui se dégagent du cas de poursuite abusive dans *Nelles* et ont estimé opportun de s’en remettre énormément à ces facteurs pour établir le seuil de responsabilité ouvrant droit à des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* (*Henry*, par. 66-74). Il est donc utile d’analyser les règles de droit applicables à la poursuite pour négligence intentée par M<sup>me</sup> Ernst en droit privé contre l’Office.

[44] Personne ne conteste que l’Office n’a aucune obligation de diligence envers M<sup>me</sup> Ernst en droit privé de la négligence. Dans ce domaine, la présence d’une obligation de diligence dépend de la prévisibilité, de la proximité et de l’absence de considérations de politique générale faisant contrepoids (*Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, par. 30; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129). Dans le cas des organismes de réglementation publics, les tribunaux ont généralement jugé que ces acteurs étatiques n’avaient pas d’obligation de diligence envers les demandeurs pour cause de proximité insuffisante ou à cause de considérations de principe faisant contrepoids (*Cooper; Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562).

[45] Les raisons de politique générale que l’on considère susceptibles d’écarter une obligation

(i) excessive demands on resources, (ii) the potential “chilling effect” on the behaviour of the state actor, and (iii) protection of quasi-judicial decision making: see, e.g., A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015), at §9.65, citing S. Sugarman, “A New Approach to Tort Doctrine: Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada” (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375, at p. 388.

[46] The reasons of the Court of Appeal called on these sorts of policy considerations to uphold the Court of Queen’s Bench’s finding that the Board did not owe a duty of care to Ms. Ernst:

Forcing the Board to consider the extent to which it must balance the interests of specific individuals while attempting to regulate in the overall public interest would be unworkable in fact and bad policy in law. Recognizing any such private duty would distract the Board from its general duty to protect the public, as well as its duty to deal fairly with participants in the regulated industry. Any such individualized duty of care would plainly involve indeterminate liability, and would undermine the Board’s ability to effectively address the general public obligations placed on it under its controlling legislative scheme. [para. 18]

[47] Brief reference to the Board’s mandate underlines the wisdom of these comments. Section 3 of the *Energy Resources Conservation Act* required the Board to undertake its duties respecting proposed energy resource projects in light of the public interest and with regard to the social, economic, and environmental effects of the project. The Board had the public duty of balancing several potentially competing rights, interests and objectives. Allowing claimants to bring claims for damages against the Board has the potential to deplete the Board’s resources, with respect to both funds and time. Allowing a claimant to bring a damages claim against the Board may also result in defensive actions by the Board, which would “chill” its ability to otherwise carry out its statutory duties effectively and in the public interest. Likewise, the Board is required to balance public and

de diligence *prima facie* comprennent : (i) une ponction induite sur les ressources, (ii) l’« effet paralysant » que cette obligation peut avoir sur la conduite de l’acteur étatique et (iii) la protection du processus décisionnel quasi judiciaire (voir, p. ex., A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10<sup>e</sup> éd. 2015), §9.65, citant S. Sugarman, « A New Approach to Tort Doctrine : Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada » (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375, p. 388.

[46] Dans ses motifs, la Cour d’appel se fonde sur ces considérations de politique générale pour confirmer la conclusion de la Cour du Banc de la Reine selon laquelle l’Office n’avait pas d’obligation de diligence envers M<sup>me</sup> Ernst :

[TRADUCTION] Il serait irréalisable en fait et mal avisé en droit de forcer l’Office à se pencher sur la mesure dans laquelle elle doit concilier les intérêts de certains particuliers tout en essayant d’établir des règlements dans l’intérêt public général. Reconnaître pareille obligation en droit privé aurait pour effet de détourner l’Office de son obligation générale de protéger le public ainsi que de son obligation de traiter équitablement avec les acteurs de l’industrie réglementée. Toute obligation de diligence de ce genre envers un particulier entraînerait clairement une responsabilité indéterminée et diminuerait la capacité de l’Office de remplir efficacement les obligations publiques générales que lui impose le régime législatif auquel il est assujéti. [par. 18]

[47] Une brève mention du mandat de l’Office fait ressortir la sagesse de ces observations. L’article 3 de la *Energy Resources Conservation Act* obligeait l’Office à exercer ses fonctions relativement aux projets d’extraction de ressources énergétiques à la lumière de l’intérêt public ainsi que des effets du projet sur les plans social, économique et environnemental. L’Office avait l’obligation publique de concilier plusieurs droits, intérêts et objectifs susceptibles de s’opposer. Le fait de permettre aux demandeurs d’intenter des recours en dommages-intérêts contre l’Office risque d’accaparer les ressources financières et le temps de ce dernier. Cela risque également de mettre l’Office sur la défensive et de « paralyser » ainsi son aptitude à remplir par ailleurs efficacement et dans l’intérêt public les obligations que lui attribue la loi. De même, l’Office est



private interests in the execution of its quasi-judicial duties, and this responsibility is inconsistent with being liable to an individual claimant for damages.

[48] This jurisprudence also cautions against attempting to segment the functions of a quasi-judicial regulatory board such as this one into adjudicative and regulatory activity for the purposes of considering whether its actions should give rise to liability. For example, in *Edwards*, this Court endorsed the Ontario Court of Appeal's refusal to distinguish between the Law Society's adjudicative and investigatory functions for the purpose of the duty of care analysis: see para. 11, citing (2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), at para. 30. The Board has a broad mandate to, among other things, conduct inquiries and investigations, make inspections and conduct hearings, making it impractical and artificial to try to distinguish among its various roles for the purposes of liability.

[49] While, as noted, *Charter* damages are an autonomous remedy, and every state actor has an obligation to be *Charter*-compliant, the same policy considerations as are present in the law of negligence nonetheless weigh heavily here, particularly in light of the availability of judicial review to uphold constitutional rights.

(b) *Statutory and Common Law Immunities*

[50] The strong common law immunity of judges from civil suits has been extended by common law and statute to many quasi-judicial bodies and agencies including administrative bodies such as the Board, as aptly articulated by my colleague Justice Abella in her reasons; and see also, e.g., *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Crispin v. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246 (H.C.), at p. 252; *Sirroos v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), at p. 136, cited by *Morier*, at pp. 739-40; *Hazel v.*

tenu de concilier les intérêts publics et privés dans l'acquiescement de ses obligations quasi judiciaires, une responsabilité incompatible avec le fait de devoir verser des dommages-intérêts à un demandeur donné.

[48] La jurisprudence précitée indique également qu'il ne faut pas tenter de fractionner les fonctions d'un organisme de réglementation quasi judiciaire comme celui en l'espèce en dissociant le rôle juridictionnel du rôle de réglementation dans le but de décider si ses agissements devraient engager sa responsabilité. Par exemple, dans *Edwards*, notre Cour a fait sien le refus de la Cour d'appel de l'Ontario de distinguer la fonction juridictionnelle du Barreau de sa fonction d'enquêteur pour les besoins de l'analyse de l'obligation de diligence (voir par. 11, citant (2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), par. 30). Le large mandat confié à l'Office l'oblige notamment à mener des enquêtes, à effectuer des inspections et à tenir des audiences. Il est donc impossible et factice d'essayer de faire la distinction entre ses différentes attributions pour les besoins de la responsabilité.

[49] Bien que, comme je l'ai mentionné précédemment, les dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* soient une réparation indépendante et que chaque acteur étatique doive respecter la *Charte*, les mêmes considérations de politique générale présentes en droit de la négligence pèsent néanmoins lourd dans la balance en l'espèce, surtout au vu de la possibilité de recourir au contrôle judiciaire pour faire respecter des droits constitutionnels.

b) *Les immunités accordées par la loi et la common law*

[50] La solide immunité reconnue par la common law aux juges contre les poursuites civiles a été étendue par la common law et la loi à de nombreux organismes quasi judiciaires, y compris les organismes administratifs tel l'Office, comme l'a si bien dit ma collègue la juge Abella dans ses motifs (et voir aussi, p. ex., *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Crispin c. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246 (H.C.), p. 252; *Sirroos c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), p. 136, cité dans *Morier*,

*Ainsworth Engineered Corp.*, 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155, at para. 84; *Agnew v. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (Div. Ct.); *Ermina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 167 D.L.R. (4th) 764 (F.C.T.D.); *Cartier v. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43; *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31; *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31; A. A. Olowofoyeku, *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity* (1993), at pp. 1-32; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 289. This immunity is broad and has been applied even in the face of alleged human rights infringements: *Hazel*; *Cartier*; *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298 (C.A.), leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv. The common law is a source of “practical wisdom” about exposing quasi-judicial and regulatory decision-makers such as the Board to damages claims. And the policy reasons that have led legislatures across Canada to enact many statutory immunity clauses, like the one that protects this Board, may also inform the analysis of countervailing considerations relating to good governance. Of course, these sorts of statutory provisions cannot override constitutional rights, but the policy reasons on which they are based can and should be taken into account by a reviewing court.

[51] The rationales underlying the common law and statutory immunity for quasi-judicial and regulatory decision-makers fall into two main interrelated categories. First, immunity from civil claims permits decision-makers to fairly and effectively make decisions by ensuring freedom from interference, which is necessary for their independence and impartiality: *Morier*, at pp. 737-38, citing *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576, at pp. 581-82, and *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217. Second, immunity protects the capacity of these decision-making institutions

p. 739-740; *Hazel c. Ainsworth Engineered Corp.*, 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155, par. 84; *Agnew c. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (C. div.); *Ermina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8969 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Cartier c. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43; *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31; *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31; A. A. Olowofoyeku, *Suing Judges : A Study of Judicial Immunity* (1993), p. 1-32; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 289. Il s'agit d'une large immunité qui a été appliquée même en dépit de violations alléguées des droits de la personne (*Hazel*; *Cartier*; *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv). La common law est une source de « sagesse pratique » quant au fait d'exposer des organismes de réglementation quasi judiciaires tels que l'Office à des demandes de dommages-intérêts. Et l'analyse des préoccupations relatives au bon gouvernement qui font contrepoids peut tenir compte également des raisons de politique générale qui ont amené les législateurs de partout au pays à adopter de nombreuses dispositions législatives prévoyant une immunité comme celle qui protège l'Office en l'espèce. Bien entendu, ce genre de disposition législative ne saurait l'emporter sur les droits constitutionnels, mais le tribunal siégeant en révision peut et doit tenir compte des raisons de politique générale sur lesquelles se fondent ces dispositions.

[51] Les fondements de l'immunité accordée par la common law et la loi aux organismes de réglementation quasi judiciaires entrent dans deux catégories interreliées principales. Premièrement, l'immunité à l'égard des poursuites civiles permet aux décideurs de rendre des décisions de façon équitable et efficace en garantissant qu'ils sont à l'abri de toute intervention, une condition nécessaire à leur indépendance et à leur impartialité (*Morier*, p. 737-738, citant *Garnett c. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576, p. 581-582, et *Fray c. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217. Deuxièmement, l'immunité

to fulfill their functions without the distraction of time-consuming litigation.

[52] These grounds for immunity resonate in the context of claims for *Charter* damages.

[53] If actions for *Charter* damages were brought against the Board, it would inevitably be involved in defending those suits and thereby distracted from its statutory responsibilities. As Hogg, Monahan and Wright observe in relation to judicial immunity, the public relies on judges and the courts to resolve difficult problems, and “a judge would be placed in an intolerably vulnerable position, and there would be no end to litigation, if a disappointed litigant could turn around and bring fresh proceedings against the judge”: p. 283. The same may be said of quasi-judicial decision-makers: Ontario Law Reform Commission, *Report on the Liability of the Crown* (1989), at p. 29.

[54] Furthermore, allowing *Charter* damages claims to be brought for the Board’s actions and decisions has the potential to distort the appeal and review process. The corollary of immunity is that a judicial or quasi-judicial decision can be challenged only through judicial review or the appeals process: *Royer v. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), at pp. 673-74. This prevents judicial and quasi-judicial decision-makers from having to justify their decisions beyond the justification disclosed by the record which will be available for appeal or judicial review: *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81, at para. 136, per Mainville J.A., concurring. It is worth remembering that in order not to compromise the decision-maker’s impartiality or the finality of his or her decision, the decision-maker has a limited role in an appeal or judicial review proceeding: see, e.g., *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147. However, no such limit can apply to the scope of a quasi-judicial regulatory board’s defence against damages claims. Moreover, damages claims against such bodies, whether under

assure la capacité de ces institutions juridictionnelles de s’acquitter de leurs fonctions sans être distraites par un long procès.

[52] Ces fondements de l’immunité trouvent un écho dans le contexte des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*.

[53] Si des actions en dommages-intérêts fondées sur la *Charte* étaient intentées contre l’Office, il serait inévitablement tenu de se défendre contre ces poursuites et, du même coup, détourné des responsabilités que lui attribue la loi. Comme le font remarquer les auteurs Hogg, Monahan et Wright à propos de l’immunité judiciaire, le public compte sur les juges et les tribunaux pour résoudre des problèmes épineux et [TRADUCTION] « le juge se trouverait dans une situation de vulnérabilité insoutenable et les poursuites en justice n’auraient jamais de fin si la partie déçue pouvait intenter un nouveau recours contre lui » (p. 283). Cela vaut également pour les décideurs quasi judiciaires (Commission de réforme du droit de l’Ontario, *Report on the Liability of the Crown* (1989), p. 29).

[54] De plus, le fait de permettre la présentation de demandes de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour des mesures et décisions de l’Office risque de dénaturer le processus d’appel et de contrôle. L’immunité a pour corollaire la possibilité de contester une décision judiciaire ou quasi judiciaire uniquement par voie de contrôle judiciaire ou d’appel (*Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), p. 673-674). Cela soustrait les décideurs judiciaires et décideurs quasi judiciaires à l’obligation de justifier leurs décisions au-delà de ce que révèle le dossier qui pourra être consulté pour les besoins de l’appel ou du contrôle judiciaire (*Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81, par. 136, le juge Mainville, motifs concordants). Il convient de rappeler que, pour éviter de compromettre son impartialité ou le caractère définitif de sa décision, le décideur joue un rôle limité dans une procédure d’appel ou de contrôle judiciaire (voir, p. ex., *Ontario (Commission de l’énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147). Cependant, aucune restriction de ce genre ne peut s’appliquer au moyen de défense

the *Charter* or otherwise, open up new avenues of collateral attack. By protecting judicial and quasi-judicial decision-makers from having to defend their decisions against damages suits, the immunity simultaneously strengthens public confidence in the legal system, preserves impartiality, both in fact and in perception, and closes off routes of collateral attack. See *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at pp. 828-30.

[55] To conclude on this point, the policy reasons that underlie the common law and statutory immunities for regulatory and quasi-judicial boards like this one relate directly to the types of good governance concerns identified in *Ward*. Opening the Board to damages claims will distract it from its statutory duties, potentially have a chilling effect on its decision making, compromise its impartiality, and open up new and undesirable modes of collateral attack on its decisions.

(3) Case-by-Case Consideration Undermines the Purposes of the Immunity

[56] Ms. Ernst argues that claims for *Charter* damages must be assessed on a case-by-case basis to determine whether damages would be an appropriate and just remedy. However, as has been pointed out many times, requiring a case-by-case examination of particular claims largely undermines the purpose of conferring immunity in the first place: *Gonzalez*, at para. 49.

[57] Immunity is easily frustrated where the mere pleading of an allegation of bad faith or punitive conduct in a statement of claim can call into question a decision-maker's conduct: *Gonzalez*, at para. 53. Even qualified immunity undermines the decision-maker's ability to act impartially and independently, as the mere threat of litigation, achieved

qu'un organisme de réglementation quasi judiciaire peut opposer à des demandes de dommages-intérêts. En outre, les demandes de dommages-intérêts dirigées contre pareils organismes, que ce soit en vertu de la *Charte* ou d'une autre source, ouvrent de nouvelles pistes de contestation indirecte. En soustrayant les décideurs judiciaires et décideurs quasi judiciaires à l'obligation de défendre leurs décisions contre des poursuites en dommages-intérêts, l'immunité renforce la confiance du public dans le système juridique tout en préservant l'impartialité, à la fois dans les faits et en apparence, et écarte les possibilités de contestation indirecte. Voir *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, p. 828-830.

[55] Pour conclure sur ce point, les raisons de politique générale qui sous-tendent les immunités accordées par la common law et la loi aux organismes de réglementation quasi judiciaires tels que celui en l'espèce se rapportent directement au genre de préoccupation relative au bon gouvernement dégagee dans *Ward*. Exposer l'Office à des demandes de dommages-intérêts le détournera des obligations que lui attribue la loi et cela pourrait avoir un effet paralysant sur sa prise de décisions, compromettre son impartialité et ouvrir la voie à de nouveaux moyens indésirables d'attaquer indirectement ses décisions.

(3) L'examen au cas par cas mine la raison d'être de l'immunité

[56] M<sup>me</sup> Ernst soutient qu'il faut évaluer au cas par cas les demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* pour décider si les dommages-intérêts constitueraient une réparation convenable et juste. Or, comme on l'a souligné à maintes reprises, exiger un examen au cas par cas de certaines demandes mine en grande partie le motif pour lequel l'immunité est accordée au départ (*Gonzalez*, par. 49).

[57] L'immunité est aisément contrecarrée lorsqu'il suffit de plaider la mauvaise foi ou une conduite punitive dans une déclaration pour mettre en doute la conduite d'un décideur (*Gonzalez*, par. 53). Même une immunité restreinte diminue la capacité du décideur d'agir en toute impartialité et indépendance, car la simple menace de poursuite proférée à l'aide

by artful pleadings, will require the decision-maker to engage with claims brought against him or her. As Lord Denning M.R. held, to be truly free in thought, judges should not be “plagued with allegations of malice or ill-will or bias or anything of the kind”: *Sirros*, at p. 136, cited by *Morier*, at pp. 739-40.

### C. *To Sum Up*

[58] As Ms. Ernst accepts, the immunity clause purports to bar her claim for *Charter* damages. That being the case, her damages claim must be struck and the appeal dismissed unless she succeeds in challenging the constitutionality of the immunity provision. She has failed to do so. It follows that her claim for *Charter* damages should be struck out and the appeal dismissed.

[59] I would answer the constitutional question as follows:

Is s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a claim against the regulator for a breach of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and an application for a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: To the extent that s. 43 purports to bar a claim for *Charter* damages, the answer is no.

### IV. Disposition

[60] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[61] ABELLA J. — Two statutory provisions are at stake. The first is Alberta’s requirement that before a constitutional challenge can be brought, the government must be given notice so that the law is given a thorough airing, with all parties having a chance to bring and test the evidence. This protects

d’habiles plaidoiries obligera le décideur à se défendre contre des réclamations présentées contre lui. Tel que l’a affirmé le maître des rôles lord Denning, pour être réellement libre d’esprit, le juge ne doit pas être [TRADUCTION] « inquiété par des allégations de mauvaise foi, de préjudice ou d’autre chose de semblable » (*Sirros*, p. 136, cité dans *Morier*, p. 739-740).

### C. *Synthèse*

[58] Comme le reconnaît M<sup>me</sup> Ernst, la disposition d’immunité vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Cela étant, il faut radier sa demande et rejeter l’appel à moins qu’elle réussisse à contester la constitutionnalité de cette disposition. Elle n’y est pas parvenue. En conséquence, il y a lieu de radier sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* et de rejeter le pourvoi.

[59] Je réponds ainsi à la question constitutionnelle :

L’article 43 de la loi intitulée *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, est-il inapplicable ou inopérant du point de vue constitutionnel en ce qu’il fait obstacle à la présentation d’une action contre l’organisme de réglementation pour violation de l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu’à la présentation d’une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : La réponse est non en ce que l’art. 43 vise à faire obstacle à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

### IV. Dispositif

[60] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[61] LA JUGE ABELLA — Il y a deux dispositions législatives en jeu. La première est une disposition d’une loi albertaine qui oblige un demandeur, avant de pouvoir contester la constitutionnalité d’une loi, à donner un avis au gouvernement pour permettre un examen approfondi de la loi et pour donner à

the public interest by ensuring that laws are not casually or cavalierly either set aside or upheld. It also ensures the existence of a full and proper record on appeal.

[62] The second provision is an immunity clause protecting an administrative tribunal (like almost all quasi-judicial and judicial bodies in Alberta and the rest of Canada) from being sued for damages. This protects the public interest by ensuring that adjudicative bodies responsible for making independent decisions are not casually or cavalierly dragged into litigation that drains their attention and public resources.

[63] Jessica Ernst is asking this Court to decide whether an immunity clause insulating a quasi-judicial tribunal from lawsuits, bars her from bringing a claim for *Charter* damages against that tribunal.

[64] Ms. Ernst's claim is for damages under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* from a quasi-judicial administrative body, the Energy Resources Conservation Board.<sup>2</sup> She claims that *Charter* damages are warranted because of the Board's decision to stop communicating with her, in essence finding her to be a vexatious litigant. Bypassing judicial review, she chose instead to designate the Board's decision as unconstitutional, claiming it breached her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*. The Alberta Court of Queen's Bench and the Alberta Court of Appeal had no difficulty finding that s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, an immunity clause in the Board's enabling statute, bars any and all claims against the Board, including claims for *Charter* damages.

<sup>2</sup> Now known as the Alberta Energy Regulator.

tous les intéressés l'occasion de présenter et de contester la preuve. Cette disposition protège l'intérêt public en garantissant que les lois ne sont pas invalidées ou confirmées à la légère ou de façon cavalière. Elle assure également l'existence d'un dossier complet et adéquat en appel.

[62] La seconde disposition est une disposition d'immunité qui protège les tribunaux administratifs (comme la quasi-totalité des organismes judiciaires et quasi judiciaires de l'Alberta et du reste du Canada) contre les poursuites en dommages-intérêts. Cette immunité protège l'intérêt public en garantissant que les organismes juridictionnels qui doivent rendre des décisions en toute indépendance ne se voient pas entraînés à la légère ou de façon cavalière dans des procès qui distrairaient leur attention et draineraient les ressources publiques.

[63] Jessica Ernst demande à notre Cour de décider si une disposition d'immunité mettant un tribunal quasi judiciaire à l'abri des poursuites en justice l'empêche d'intenter une action en dommages-intérêts en vertu de la *Charte* contre ce tribunal.

[64] M<sup>me</sup> Ernst réclame, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, des dommages-intérêts d'un organisme administratif quasi judiciaire, l'Energy Resources Conservation Board (« Office »)<sup>2</sup>. Elle prétend que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* est justifié en raison de la décision de l'Office de cesser de communiquer avec elle et de conclure pour l'essentiel qu'elle est une plaideuse quérulente. Contournant la procédure de contrôle judiciaire, elle a plutôt jugé inconstitutionnelle la décision de l'Office et prétendu qu'elle violait le droit à la liberté d'expression que lui garantit l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta et la Cour d'appel de cette province n'ont eu aucune difficulté à conclure que l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, une disposition d'immunité de la loi habilitante de l'Office, rend irrecevable toute demande dirigée contre lui, y compris les demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*.

<sup>2</sup> Organisme maintenant connu sous le nom d'Alberta Energy Regulator.

[65] Ms. Ernst at no stage gave the required *formal* notice of a constitutional challenge to s. 43. In fact, in both prior proceedings, she expressly denied that she was challenging the constitutionality of the immunity clause. Instead, she was challenging the *applicability* of the clause to her *Charter* claim. She claimed to be entitled to a remedy for a *Charter* breach under s. 24(1), regardless of whether s. 43 entitled her to get a remedy.

[66] Ms. Ernst's argument that she was not seeking to challenge the validity of s. 43, only its applicability to a *Charter* damages claim, is unsustainable. The immunity clause either complies with the *Charter* or it does not. But either way, there must be a judicial determination of the constitutional validity, and therefore the constitutional applicability, of the provision. Ms. Ernst's argument that the immunity clause does not apply when a *Charter* remedy is being sought, is an argument that there is no need to go through the necessary steps to determine whether a provision is *Charter*-compliant in order to disregard it. This invokes Alice in Wonderland.

[67] Since Ms. Ernst did not seek to challenge the constitutionality of s. 43 in the prior proceedings, there is no record either to justify or impugn the provision. This means that for the time being, the provision's constitutionality is intact, which means that the Board's immunity is intact, which means that Ms. Ernst cannot, under these circumstances, legally sustain a claim that the Board is vulnerable to a damages claim, either under the *Charter* or otherwise. As a result, I agree with the Alberta courts that Ms. Ernst's claim ought to be struck.

[68] *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2011] 3 S.C.R. 45, sets out the accepted test for striking out a claim:

[65] M<sup>me</sup> Ernst n'a jamais donné l'*avis officiel* requis pour contester la constitutionnalité de l'art. 43. En fait, lors des deux instances antérieures, elle a expressément nié qu'elle contestait la constitutionnalité de la disposition d'immunité. Elle affirmait plutôt contester l'*applicabilité* de cette disposition à sa demande fondée sur la *Charte*. Elle soutenait avoir droit, en vertu du par. 24(1), à une réparation pour une violation de la *Charte*, peu importe si l'art. 43 lui donnait droit à une réparation.

[66] L'argument de M<sup>me</sup> Ernst suivant lequel elle ne cherchait pas à contester la validité de l'art. 43, mais seulement son applicabilité à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, est insoutenable. Ou bien la disposition d'immunité est conforme à la *Charte*, ou bien elle ne l'est pas. Mais dans un cas comme dans l'autre, une décision judiciaire doit être rendue au sujet de la constitutionnalité de cette disposition et, partant, au sujet de son applicabilité sur le plan constitutionnel. L'argument de M<sup>me</sup> Ernst que la disposition d'immunité ne s'applique pas lorsque la réparation est demandée en vertu de la *Charte* revient à affirmer qu'il n'est pas nécessaire de franchir les étapes prévues pour déterminer si une disposition est conforme à la *Charte* avant de décider s'il y a lieu de l'écartier. Un tel raisonnement semble tiré du roman *Alice au pays des merveilles*.

[67] Puisque M<sup>me</sup> Ernst n'a pas tenté de contester la constitutionnalité de l'art. 43 lors des instances antérieures, il n'y a pas de dossier pouvant servir à justifier ou à attaquer la disposition en question. Cela signifie que, pour l'instant, la constitutionnalité de cette disposition demeure intacte, de sorte que l'immunité de l'Office est elle aussi intacte et que, dans ces conditions, M<sup>me</sup> Ernst ne peut soutenir en droit que l'Office est susceptible d'être condamné à des dommages-intérêts, que ce soit en vertu de la *Charte* ou autrement. Par conséquent, je suis d'accord avec les tribunaux albertains pour conclure qu'il y a lieu de radier la demande de M<sup>me</sup> Ernst.

[68] L'arrêt *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2011] 3 R.C.S. 45, énonce le test reconnu qui s'applique à la radiation d'une demande :

A claim will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 15; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980. Another way of putting the test is that the claim has no reasonable prospect of success. Where a reasonable prospect of success exists, the matter should be allowed to proceed to trial: see, generally, *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Odhavji Estate*; *Hunt*; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

... The history of our law reveals that often new developments in the law first surface on motions to strike or similar preliminary motions, like the one at issue in *Donoghue v. Stevenson*[, [1932] A.C. 562 (H.L.)]. Therefore, on a motion to strike, it is not determinative that the law has not yet recognized the particular claim. The court must rather ask whether, assuming the facts pleaded are true, there is a reasonable prospect that the claim will succeed. The approach must be generous and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial (at paras. 17-21).

[69] This is not a cascading, multi-factored test, it is a simple one: Is it plain and obvious that s. 43 bars Ms. Ernst's claim?

[70] The immunity clause in this case is absolute and unqualified:

**43** No action or proceeding may be brought against the Board or a member of the Board or a person referred to in section 10 or 17(1) in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.

[71] The legislature clearly chose not to qualify the immunity in any way. Any argument that it should not apply to conduct alleged to be punitive, or that it applies to adjudicative but not to other

... l'action ne sera rejetée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 15; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980. Autrement dit, la demande doit n'avoir aucune possibilité raisonnable d'être accueillie. Sinon, il faut lui laisser suivre son cours : voir généralement *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Succession Odhavji*; *Hunt*; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

... L'histoire de notre droit nous apprend que souvent, des requêtes en radiation ou des requêtes préliminaires semblables, à l'instar de celle présentée dans *Donoghue c. Stevenson*, [[1932] A.C. 562 (H.L.)], amorcent une évolution du droit. Par conséquent, le fait qu'une action en particulier n'a pas encore été reconnue en droit n'est pas déterminant pour la requête en radiation. Le tribunal doit plutôt se demander si, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, il est raisonnablement possible que l'action soit accueillie. L'approche doit être généreuse et permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable (par. 17-21).

[69] Il ne s'agit pas d'un test comportant de multiples facteurs à analyser en cascade. Ce test est simple : est-il évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à la demande de M<sup>me</sup> Ernst?

[70] La disposition d'immunité en l'espèce est sans équivoque et catégorique :

[TRADUCTION]

**43** Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l'Office, un commissaire ou toute personne mentionnée à l'article 10 ou au paragraphe 17(1) pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l'Office, tout règlement d'application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l'Office.

[71] La législature a clairement choisi de ne pas nuancer l'immunité de quelque façon que ce soit. Aucun argument selon lequel l'immunité ne devrait pas s'appliquer à une conduite qualifiée de punitive



kinds of Board decisions, is nowhere evident in the statutory language. That is precisely why determining the constitutionality of the clause based on a full evidentiary record is so important. It may be that the clause could be amended to permit suits for punitive conduct, but that is *not* what the clause now says. Moreover, creating a novel distinction between adjudicative and non-adjudicative conduct for purposes of limiting the scope of the immunity clause, strikes me as being an unhelpful unravelling of established jurisprudence.

[72] As a result, it is plain and obvious, based on the plain and obvious language of s. 43, that Ms. Ernst's claim is barred. The fact that her claim alleges "punitive" conduct cannot change the unqualified language in s. 43.

[73] Without a proper determination of the constitutionality of the immunity clause, there can be no assessment of its inapplicability or inoperability. It follows that Ms. Ernst's claim for *Charter* damages should be struck, and the appeal dismissed.

### Background

[74] The Board is an independent quasi-judicial body responsible for regulating the development of Alberta's energy resources. It licenses gas wells and enforces legislative and regulatory provisions that are intended to protect the groundwater supply from interference or contamination due to oil and gas development. The Board has detailed procedures for receiving and investigating public complaints, conducting compliance inspections, and taking appropriate enforcement and remedial action when necessary. As set out in its enabling legislation, the Board is authorized to conduct hearings, inquiries and investigations, award costs and receive witnesses.

ou s'applique aux décisions de nature juridictionnelle de l'Office, mais non à ses autres décisions, ne ressort du texte de la loi. Voilà précisément pourquoi il est si important de trancher la constitutionnalité de la disposition sur la foi d'un dossier de preuve complet. Il se peut que l'on modifie la disposition afin de permettre l'exercice de recours dans les cas de conduite punitive, mais ce *n'est pas* ce que prévoit la disposition aujourd'hui. Qui plus est, je considère que créer une nouvelle distinction entre la conduite juridictionnelle et la conduite non juridictionnelle dans le but de restreindre la portée de la disposition d'immunité a pour effet de démêler inutilement la jurisprudence établie.

[72] Par conséquent, il est manifeste et évident, au vu des termes évidents et manifestes de l'art. 43, que la demande de M<sup>me</sup> Ernst est irrecevable. Le fait qu'une conduite « punitive » soit alléguée dans sa demande ne peut emporter modification du texte catégorique de l'art. 43.

[73] Faute d'une décision en bonne et due forme sur la constitutionnalité de la disposition d'immunité, il est impossible de juger de son inapplicabilité ou de son inopérabilité. Par conséquent, la demande de dommages-intérêts présentée par M<sup>me</sup> Ernst en vertu de la *Charte* doit être radiée, et le pourvoi, rejeté.

### Contexte

[74] L'Office est un organisme quasi judiciaire indépendant chargé de réglementer l'exploitation des ressources énergétiques de l'Alberta. Il délivre des permis pour l'exploitation de puits de pétrole et applique les dispositions législatives et réglementaires visant à protéger les réserves d'eau souterraine contre les interférences et la contamination attribuables à l'exploitation des hydrocarbures. L'Office a établi une procédure détaillée pour recevoir et étudier les plaintes du public, procéder à des inspections en vue de vérifier la conformité et prendre les mesures coercitives et correctrices nécessaires. Comme le précise sa loi habilitante, l'Office est autorisé à mener des audiences, des enquêtes et des investigations, à accorder des dépens et à entendre des témoins.

[75] Ms. Ernst owns land near Rosebud, Alberta. She opposed the activities of EnCana Corporation, which engaged in hydraulic fracturing and drilling close to her property. Throughout 2004 and 2005, Ms. Ernst frequently voiced her concerns about the negative impacts caused by oil and gas development near her home. She did this through contact with the Board's compliance, investigation and enforcement offices. She also voiced her concerns publicly.

[76] EnCana's activities resulted in Ms. Ernst bringing claims against EnCana, the Board, and the government of Alberta in December of 2007.

[77] The claim against EnCana was based on damage to Ms. Ernst's water supply. Alberta was sued because it had failed to respond to her complaints about EnCana's activities notwithstanding that it owed Ms. Ernst a duty to protect her water supply. Ms. Ernst's claims against EnCana and against the province were not before this Court.

[78] The claim against the Board was binary. One claim was in negligence, alleging that the Board, which has regulatory jurisdiction over the activities of EnCana, had negligently administered the regulatory regime under the *Energy Resources Conservation Act*.

[79] The second claim against the Board was that it had breached Ms. Ernst's s. 2(b) right to freedom of expression by "arbitrarily, and without legal authority" restricting her communications with the Board.

[80] Ms. Ernst claimed that because of her public criticisms, and because of a reference she made to Weibo Ludwig (who was convicted for carrying out bombings and other destructive acts against oil industry installations in Alberta), the Board prohibited her from communicating with it. As a result,

[75] M<sup>me</sup> Ernst possède un terrain situé près de Rosebud (Alberta). Elle s'est opposée aux activités d'EnCana Corporation, qui a effectué des travaux de fracturation hydraulique et de forage à proximité de sa propriété. En 2004 et 2005, M<sup>me</sup> Ernst a fréquemment exprimé ses inquiétudes au sujet des impacts négatifs de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières près de chez elle. Elle s'est adressée aux services de l'Office chargés de la surveillance de la conformité, des enquêtes et de l'application de la loi. Elle a également exprimé ses préoccupations sur la place publique.

[76] Les activités d'EnCana ont incité M<sup>me</sup> Ernst à poursuivre EnCana, l'Office et le gouvernement de l'Alberta en décembre 2007.

[77] La demande visant EnCana était fondée sur les dommages causés à l'approvisionnement en eau de M<sup>me</sup> Ernst. L'Alberta était poursuivie en raison de son défaut de répondre aux plaintes formulées par M<sup>me</sup> Ernst relativement aux activités d'EnCana en dépit de son obligation de protéger l'approvisionnement en eau de M<sup>me</sup> Ernst. La Cour n'a pas été saisie des recours intentés par M<sup>me</sup> Ernst contre EnCana et la province.

[78] Quant à la demande dirigée contre l'Office, elle comportait deux volets. Le premier était fondé sur la négligence : M<sup>me</sup> Ernst alléguait que l'Office, qui exerce une compétence réglementaire sur les activités d'EnCana, avait fait preuve de négligence dans l'application du régime réglementaire prévu par l'*Energy Resources Conservation Act*.

[79] D'après le second volet de la demande formulée contre l'Office, ce dernier a violé le droit à la liberté d'expression garanti à M<sup>me</sup> Ernst par l'al. 2b) de la *Charte* en restreignant [TRADUCTION] « arbitrairement et illégalement » ses communications avec l'Office.

[80] M<sup>me</sup> Ernst a prétendu qu'en raison des critiques qu'elle avait exprimées publiquement et du fait qu'elle avait mentionné le nom de Weibo Ludwig (qui avait été reconnu coupable d'attentats à la bombe et d'autres actes de vandalisme perpétrés contre des installations pétrolières en Alberta),

Ms. Ernst claimed she was unable to properly register her concerns that EnCana was adversely impacting the Rosebud Aquifer and her groundwater supply.

[81] The Manager of the Board's Compliance Branch wrote to Ms. Ernst and told her that all staff were instructed to avoid further contact with her, and that he had reported her to the Attorney General of Alberta, the RCMP and the Board's Field Surveillance Branch.

[82] When Ms. Ernst sought clarification of the restrictions she faced, she was directed to the Board's Legal Branch, which informed her that the Board "took a decision in 2005 to discontinue further discussion with" her, and would not re-open communications through the regular channels unless she agreed to raise her concerns only through the Board.

[83] In March 2007, Ms. Ernst was informed that she was again free to communicate with any staff at the Board.

[84] Rather than seeking judicial review of the Board's decision to stop communicating with her when she was first informed of this in November 2005, Ms. Ernst waited two years and then filed a statement of claim on December 3, 2007, an amended statement of claim on April 21, 2011, and a second amended statement of claim on February 7, 2012.

[85] The remedy Ms. Ernst sought for this second breach was "damages in the amount of \$50,000.00 under section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*".

[86] The Board applied to strike out portions of Ms. Ernst's pleadings for failing to disclose a reasonable cause of action. It relied on its immunity clause, s. 43 of the *Energy Resources Conservation*

l'Office avait interdit à M<sup>me</sup> Ernst de communiquer avec lui. M<sup>me</sup> Ernst affirmait par conséquent qu'elle n'avait pas été en mesure d'exprimer valablement ses préoccupations suivant lesquelles EnCana nuisait à l'aquifère de Rosebud et à son approvisionnement souterrain en eau.

[81] Le directeur de la Direction de la conformité de l'Office a écrit à M<sup>me</sup> Ernst pour l'informer que tous les membres de son personnel avaient reçu pour instructions de cesser de communiquer avec elle et qu'il avait signalé son cas au procureur général de l'Alberta, à la GRC et à la Direction de la surveillance sur le terrain de l'Office.

[82] Lorsqu'elle a cherché à obtenir des éclaircissements au sujet des restrictions qui lui avaient été imposées, M<sup>me</sup> Ernst a été dirigée vers les services juridiques de l'Office qui lui ont fait savoir que l'Office [TRADUCTION] « a[vait] décidé en 2005 de cesser de communiquer avec » elle et n'accepterait de reprendre contact avec elle par les voies de communication habituelles que si elle acceptait de formuler ses doléances uniquement à l'Office.

[83] En mars 2007, M<sup>me</sup> Ernst a été informée qu'elle était de nouveau libre de communiquer avec tous les membres du personnel de l'Office.

[84] Au lieu de demander le contrôle judiciaire de la décision de l'Office de cesser de communiquer avec elle lorsqu'elle avait été informée pour la première fois de cette mesure en novembre 2005, M<sup>me</sup> Ernst a attendu deux ans avant de produire une déclaration le 3 décembre 2007, une déclaration modifiée le 21 avril 2011, puis une deuxième déclaration modifiée le 7 février 2012.

[85] La réparation que M<sup>me</sup> Ernst réclamait pour cette seconde violation était [TRADUCTION] « la somme de 50 000 \$ à titre de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ».

[86] L'Office a présenté une requête en vue de faire radier des éléments des actes de procédure de M<sup>me</sup> Ernst au motif qu'ils ne révélaient aucune cause d'action raisonnable. L'Office a invoqué sa

*Act*, arguing that it provided a complete bar to both the negligence and *Charter* damage claims against the Board. The Board also argued that the appropriate way for Ms. Ernst to challenge the Board's discretionary decision was through judicial review.

[87] The case management judge at the Queen's Bench, Wittmann C.J., found that the proposed negligence claim was unsupported at law since there was no private law duty of care owed to Ms. Ernst by the Board based on this Court's decisions in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, and *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562 ((2013), 85 Alta. L.R. (5th) 333 (Q.B.), at paras. 28-29).

[88] Wittmann C.J. also held that s. 43 barred Ms. Ernst's claim for *Charter* damages. He stated that in order to properly challenge the constitutionality of s. 43, Ms. Ernst was required to give the necessary notice to the Attorneys General of Alberta and Canada but had failed to do so:

... if Ernst seeks as a remedy a declaration striking down section 43 of the [*Energy Resources Conservation Act*], a Notice of Constitutional Question should be given to the Attorneys General of Alberta and Canada, pursuant to section 24 of the *Judicature Act*, RSA 2000, c J-2. The ensuing constitutional litigation could be pursued in a procedural matrix, which would consider the constitutional validity of the legislation, including whether a section 1 *Charter* defence might be available to the Legislature in the event a *Charter* breach is found. The procedural requirement to provide a Notice of Constitutional Question facilitates full argument of any constitutional issues and is a matter of procedural fairness necessary to ensure the Attorneys General of Alberta and Canada have an opportunity to be heard (at para. 89).

[89] In Wittmann C.J.'s view, to allow personal *Charter* damage claims to circumvent statutory

disposition d'immunité, l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*, en faisant valoir qu'elle rendait entièrement irrecevable tant la poursuite pour négligence que la demande de dommages-intérêts présentée en vertu de la *Charte* contre l'Office. Ce dernier a soutenu par ailleurs que le moyen que devait utiliser M<sup>me</sup> Ernst pour contester la décision discrétionnaire de l'Office consistait à se pourvoir en contrôle judiciaire.

[87] Le juge de la Cour du Banc de la Reine chargé de la gestion de l'instance, le juge en chef Wittmann, a conclu que l'action en négligence projetée était insoutenable en droit, puisque l'Office n'avait aucune obligation de diligence de droit privé envers M<sup>me</sup> Ernst selon les arrêts de notre Cour dans *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, et *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562 ((2013), 85 Alta. L.R. (5th) 333 (B.R.), par. 28-29).

[88] Le juge en chef Wittmann a également conclu que l'art. 43 rendait irrecevable la demande présentée par M<sup>me</sup> Ernst afin d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Il a déclaré que, pour pouvoir contester régulièrement la constitutionnalité de l'art. 43, M<sup>me</sup> Ernst devait donner l'avis requis aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada, mais qu'elle ne l'avait pas fait :

[TRADUCTION] ... si M<sup>me</sup> Ernst réclame, à titre de réparation, un jugement déclaratoire invalidant l'article 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*, un avis de question constitutionnelle doit être donné aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada conformément à l'article 24 de la *Judicature Act*, RSA 2000, c. J-2. La contestation constitutionnelle qui s'ensuivrait pourrait se dérouler ensuite dans un cadre procédural où seraient examinées la constitutionnalité de la disposition législative contestée et la question de savoir si la législature pourrait invoquer en défense l'article premier de la *Charte* en cas de conclusion de violation de la *Charte*. L'obligation procédurale de donner un avis de question constitutionnelle facilite un débat exhaustif sur toute question constitutionnelle. C'est également une question d'équité procédurale qui est nécessaire pour veiller à ce que les procureurs généraux de l'Alberta et du Canada aient la possibilité d'être entendus (par. 89).

[89] Selon le juge en chef Wittmann, si l'on permettait que des demandes personnelles visant

immunity clauses would cause the “[p]arties [to] come to the litigation process dressed in their *Charter* clothes whenever possible”, and to allege “such a breach . . . in litigation against the government wherever possible”.

[90] In any event, Wittmann C.J. noted that Ms. Ernst was not without a remedy since he agreed with the Board that she could have brought judicial review proceedings, the “time-tested and conventional challenge to an administrative tribunal’s decision”.

[91] Ms. Ernst set out three issues in her formal Notice of Appeal:

Did the Court err in finding that the statutory immunity clause contained within section 43 of the *Energy Resources Conservation Act* bars an otherwise valid claim for breach of the right to freedom of expression made pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Did the Court err in finding that the [Board] does not owe a private duty of care to Ms. Ernst?

Did the Court err in finding that the statutory immunity clause contained within section 43 of the *Energy Resources Conservation Act* bars Ms. Ernst’s claim against the [Board] for negligent omissions?

[92] Of particular significance, is Ms. Ernst’s answer to question 7 in the Notice of Appeal. The question on the form was: “Is the constitutional validity of an Act or Regulation being challenged as a result of this appeal?” Ms. Ernst’s response was: “No. The appeal, however, does relate to a claim made under s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.”

[93] In other words, once again, she denied that she was seeking to challenge the constitutionality of s. 43.

à obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* contournent des dispositions législatives prévoyant une immunité, [TRADUCTION] « les justiciables s’adresseraient aux tribunaux vêtus des atours de la *Charte* chaque fois qu’ils le pourraient » et invoqueraient « ce type de violation [. . .] dans les litiges les opposant à l’État chaque fois que cela serait possible ».

[90] Quoi qu’il en soit, le juge en chef Wittmann a fait remarquer que M<sup>me</sup> Ernst n’était pas sans recours, puisqu’à l’instar de l’Office, il estimait qu’elle aurait pu présenter une demande de contrôle judiciaire, [TRADUCTION] « le recours éprouvé habituellement utilisé pour contester la décision d’un tribunal administratif ».

[91] M<sup>me</sup> Ernst a formulé trois questions dans son avis d’appel officiel :

[TRADUCTION] La cour a-t-elle commis une erreur en concluant que la disposition législative prévoyant une immunité contenue à l’article 43 de l’*Energy Resources Conservation Act* fait obstacle à une demande par ailleurs valide pour violation du droit à la liberté d’expression présentée en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

La cour a-t-elle commis une erreur en concluant que [l’Office] n’a aucune obligation de diligence de droit privé envers M<sup>me</sup> Ernst?

La cour a-t-elle commis une erreur en concluant que la disposition législative prévoyant une immunité contenue à l’article 43 de l’*Energy Resources Conservation Act* fait obstacle à la demande fondée sur la négligence par omission que M<sup>me</sup> Ernst a présentée contre [l’Office]?

[92] La réponse de M<sup>me</sup> Ernst à la question 7 de l’avis d’appel revêt une importance particulière. La question était ainsi énoncée dans le formulaire : [TRADUCTION] « La constitutionnalité d’une loi ou d’un règlement est-elle contestée par suite du présent appel? » M<sup>me</sup> Ernst a répondu : « Non. L’appel concerne toutefois une demande présentée en vertu de l’art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. »

[93] En d’autres termes, M<sup>me</sup> Ernst a une fois de plus nié qu’elle cherchait à contester la constitutionnalité de l’art. 43.

[94] Nonetheless, she sent a letter to the Attorneys General of Alberta and Canada, paradoxically confirming that she was not challenging the constitutionality of s. 43 under the *Charter*, but was challenging whether it applied to *Charter* claims:

Please note that it is the Appellant's position that she is not challenging the *constitutional validity* of any enactment (i.e. she is not seeking as a remedy a declaration striking down the section) but rather is challenging the *constitutional applicability* of s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* ("ERCA") to claims made pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Specifically, her position is that the statutory immunity contained within s. 43 of the *ERCA* cannot apply to claims made pursuant to the *Charter*. In the alternative the Appellant is seeking a declaration that to the extent that s. 43 of the *ERCA* is inconsistent with s. 24(1) of the *Charter*, it is of no force and effect. Because the Appellant is not challenging the constitutional validity of any enactment, the Appellant's position is that notice is not required under s. 24(1) the *Judicature Act*. Nevertheless, the Appellant is providing this notice out of an abundance of caution.

The Appellant has brought a claim against the Energy Resources Conservation Board alleging that the ERCB infringed her right to freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Appellant seeks a remedy, namely *Charter* damages, under s. 24(1) of the *Charter*.

The Appellant will argue that a statutory immunity clause cannot provide immunity from valid *Charter* claims. The *Charter* guarantees not only fundamental freedoms, but crucially, also guarantees the right of Canadians to seek a remedy when these fundamental *Charter* rights and freedoms are violated. Section 24(1) of the *Charter* specifically provides remedies for unconstitutional government acts. These constitutional rights cannot be taken away by a statutory enactment purporting to grant immunity to the ERCB.

[94] Elle a néanmoins adressé aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada une lettre dans laquelle, paradoxalement, elle confirmait qu'elle ne contestait pas la constitutionnalité de l'art. 43 en invoquant la *Charte*, mais qu'elle remettait en cause l'applicabilité de l'art. 43 aux demandes fondées sur la *Charte* :

[TRADUCTION] Nous tenons à signaler que l'appelante ne conteste la *constitutionnalité* d'aucune disposition législative (c.-à-d. qu'elle ne cherche pas à obtenir, à titre de réparation, un jugement déclaratoire invalidant l'article en question), mais qu'elle conteste l'*applicabilité, sur le plan constitutionnel*, de l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* (« ERCA ») aux demandes présentées en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, sa thèse est que l'immunité d'origine législative contenue à l'art. 43 de l'*ERCA* ne saurait s'appliquer à des demandes fondées sur la *Charte*. À titre subsidiaire, l'appelante réclame un jugement déclarant inopérant l'art. 43 de l'*ERCA* en ce qu'il est incompatible avec le par. 24(1) de la *Charte*. Comme l'appelante ne conteste la constitutionnalité d'aucune disposition législative, sa thèse est qu'elle n'avait pas l'obligation de donner l'avis prévu au par. 24(1) de la *Judicature Act*. L'appelante donne néanmoins cet avis par surcroît de prudence.

L'appelante a introduit contre l'Energy Resources Conservation Board (« Office ») une demande dans laquelle elle allègue que l'Office a violé son droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelante réclame une réparation, en l'occurrence des dommages-intérêts, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

L'appelante entend soutenir qu'une disposition législative prévoyant une immunité ne peut accorder l'immunité contre des poursuites valablement intentées en vertu de la *Charte*. La *Charte* garantit non seulement les libertés fondamentales, mais, chose essentielle, elle garantit aussi le droit des citoyens canadiens de réclamer une réparation lorsque les droits et libertés fondamentaux que leur garantit la *Charte* ont été violés. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* permet expressément d'obtenir réparation pour les actes inconstitutionnels commis par l'État. Ces droits constitutionnels ne peuvent être retirés par un texte de loi censé accorder une immunité de poursuite à l'Office.

In sum, the Appellant is challenging the applicability of s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* to claims made pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. To the extent that s. 43 of the *ERCA* is inconsistent with s. 24(1) of the *Charter*, it is of no force and effect (underlining added; footnotes omitted).

[95] The Attorney General of Alberta intervened, arguing that because proper notice had not been given under s. 24 of Alberta's *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, he had been precluded from adducing evidence under s. 1. The Court of Appeal summarized his argument as follows:

The Minister of Justice and Solicitor General of Alberta intervened on the appeal arguing that proper notice had not been given (under s. 24 of the *Judicature Act*, RSA 2000, c. J-2) of the constitutional challenge to s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*. The Minister of Justice took the position that the appellant was attempting to raise a new argument on appeal, and that Alberta had been denied the opportunity to call evidence on the topic.

[96] The Court of Appeal dismissed the appeal.

[97] On appeal to this Court, Ms. Ernst reformulated her claim to add a challenge to the constitutional validity of s. 43.

#### Analysis

[98] All the provinces have statutes that require notice to be given to the Attorney General of that province in any proceeding where the constitutionality of a statute is in issue. Most provinces require that notice be given to the Attorney General of Canada as well. In Alberta, this requirement is found in s. 24 of Alberta's *Judicature Act*:

**24(1)** If in a proceeding the constitutional validity of an enactment of the Parliament of Canada or of the Legislature of Alberta is brought into question, the enactment shall not be held to be invalid unless 14 days' written

En somme, l'appelante conteste l'applicabilité de l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* aux demandes présentées en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 43 de l'*ERCA* est inopérant en ce qu'il est incompatible avec le par. 24(1) de la *Charte* (je souligne; notes en bas de page omises).

[95] Le procureur général de l'Alberta est intervenu en faisant valoir que, comme l'avis exigé par l'art. 24 de la *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, de l'Alberta n'avait pas été régulièrement donné, il avait été privé de la possibilité de présenter des éléments de preuve fondés sur l'article premier. La Cour d'appel a résumé ainsi l'argument du procureur général :

[TRADUCTION] Le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta est intervenu dans l'appel en soutenant que l'avis (prévu à l'art. 24 de la *Judicature Act*, RSA 2000, c. J-2) n'avait pas été régulièrement donné pour contester la constitutionnalité de l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*. Le ministre de la Justice s'est dit d'avis que l'appelante tentait de présenter un nouvel argument en appel et que l'Alberta s'était vu refuser la possibilité de produire des éléments de preuve à ce sujet.

[96] La Cour d'appel a rejeté l'appel.

[97] Dans le cadre du pourvoi formé devant notre Cour, M<sup>me</sup> Ernst a reformulé sa demande pour y contester également la constitutionnalité de l'art. 43.

#### Analyse

[98] On trouve dans toutes les provinces des lois exigeant qu'un avis soit donné au procureur général de la province dans toute instance où la constitutionnalité d'une loi est en cause. La plupart des provinces exigent que cet avis soit également donné au procureur général du Canada. En Alberta, on trouve cette exigence à l'art. 24 de la *Judicature Act* :

[TRADUCTION]

**24(1)** Le texte de loi du Parlement du Canada ou de la législature de l'Alberta dont la validité constitutionnelle est mise en cause dans une instance judiciaire ne peut être invalidé que si un préavis écrit de 14 jours a été

notice has been given to the Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta.

(2) When in a proceeding a question arises as to whether an enactment of the Parliament of Canada or of the Legislature of Alberta is the appropriate legislation applying to or governing any matter or issue, no decision may be made on it unless 14 days' written notice has been given to the Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta.

(3) The notice shall include what enactment or part of an enactment is in question and give reasonable particulars of the proposed argument.

(4) The Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta are entitled as of right to be heard, either in person or by counsel, notwithstanding that the Crown is not a party to the proceeding.

[99] Notice requirements serve a “vital purpose” when constitutional questions arise in litigation. They ensure “that courts have a full evidentiary record before invalidating legislation and that governments are given the fullest opportunity to support the validity of legislation” (*Guindon v. Canada*, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 19; see also *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paras. 58-59; *R. v. Aberdeen* (2006), 384 A.R. 395 (C.A.); *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403 (Ont. C.A.), at paras. 160-62; *R. v. Lilgert* (2014), 16 C.R. (7th) 346 (B.C.C.A.), at paras. 7-22).

[100] In Alberta, the Court of Appeal has emphasized that it requires strict adherence to the notice provisions regarding constitutional questions found in the *Judicature Act* (*Aberdeen; Broddy v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151 (Alta. C.A.), at para. 41; *Seweryn v. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239, at paras. 3-5 (CanLII); *R. v. Redhead* (2006), 384 A.R. 206 (C.A.), at paras. 46-47). In *Aberdeen*, the Crown appealed a determination made as to the constitutionality of the retrospective application of the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10, on the ground that proper notice under the

donné au procureur général du Canada et au ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta.

(2) Lorsque, dans une instance judiciaire, l'applicabilité d'un texte de loi du Parlement du Canada ou de la législature de l'Alberta à une question est soulevée, aucune décision ne peut être prise tant qu'un préavis écrit de 14 jours n'a pas été donné au procureur général du Canada et au ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta.

(3) L'avis doit préciser le texte de loi ou la partie du texte en question et fournir des éléments suffisamment détaillés de l'argumentation proposée.

(4) Le procureur général du Canada et le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta peuvent, de plein droit, se faire entendre, en personne ou par l'entremise d'un avocat, même si Sa Majesté n'est pas partie à l'instance.

[99] L'obligation de donner avis a un « objectif fondamental » lorsque des questions constitutionnelles sont soulevées dans le cadre d'un procès, en l'occurrence « celui de faire en sorte que le tribunal se prononce sur la validité de la disposition à partir d'un dossier de preuve complet et que l'État ait vraiment l'occasion de soutenir la validité de la disposition » (*Guindon c. Canada*, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 19; voir aussi *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 58-59; *R. c. Aberdeen* (2006), 384 A.R. 395 (C.A.); *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403 (C.A. Ont.), par. 160-162; *R. c. Lilgert* (2014), 16 C.R. (7th) 346 (C.A. C.-B.), par. 7-22).

[100] En Alberta, la Cour d'appel a insisté sur la nécessité de respecter rigoureusement les dispositions relatives aux avis en matière de questions constitutionnelles qui figurent dans la *Judicature Act* (*Aberdeen; Broddy c. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151 (C.A. Alb.), par. 41; *Seweryn c. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239, par. 3-5 (CanLII); *R. c. Redhead* (2006), 384 A.R. 206 (C.A.), par. 46-47). Dans l'affaire *Aberdeen*, Sa Majesté avait interjeté appel d'une décision portant sur la constitutionnalité de l'application rétroactive de la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10, au



*Judicature Act* was not given to the Attorneys General of Alberta and Canada. The Court of Appeal allowed the appeal in language of relevance to our case:

The requirement of notice is to ensure that governments have a full opportunity to support the constitutional validity of their legislation, or to defend their action or inaction, and to ensure that courts have an adequate evidentiary record in constitutional cases. The notice requirements depend on whether a constitutional remedy is sought and whether the remedy falls under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* or ss. 24(1) or 24(2) of the *Charter*.

That raises the question, what is the nature of the constitutional remedy sought here? The respondents submit that the remedy being sought is under s. 24(1) of the *Charter* and therefore the notice is not required. We disagree. The nature of the relief sought is essentially a s. 52(1) remedy. We find the reasoning adopted by the court in *R. v. Murrins (D.)* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288 [C.A.], persuasive. In *Murrins*, supra, the court considered the retrospective application of a DNA order in the face of the same s. 11(i) *Charter* argument as is made before us. The court held that if the retrospective application of a DNA order resulted in a *Charter* infringement of Murrins' rights, it would violate the s. 11(i) *Charter* right of every offender who is subject to such an application and who committed the designated offence prior to its enactment. Thus, the issue was not simply whether Murrins' right under s. 11(i) *Charter* was infringed, but whether the provision was constitutionally valid.

That logic applies with equal force to the appeals before us. Despite the attempt by defence counsel to characterize the issue as a s. 24(1) *Charter* remedy, it is in effect a s. 52(1) *Charter* remedy that challenges the constitutional validity of the retrospective application of [the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10].

The argument that de facto notice was received is not supported by the evidence. The practical effect of the

motif que l'avis prévu par la *Judicature Act* n'avait pas été régulièrement donné aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada. La Cour d'appel a accueilli l'appel en tenant des propos qui présentent un intérêt en l'espèce :

[TRADUCTION] L'obligation de donner avis vise, d'une part, à garantir que l'État a la possibilité voulue de soutenir la constitutionnalité de ses lois ou de défendre son action ou son inaction et, d'autre part, à veiller à ce que les tribunaux disposent d'un dossier de preuve suffisant lorsqu'ils sont saisis d'une affaire constitutionnelle. Les exigences en matière d'avis s'appliquent si la réparation demandée est d'ordre constitutionnel et si elle relève du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou des par. 24(1) ou 24(2) de la *Charte*.

D'où la question de savoir quelle est la nature de la réparation constitutionnelle réclamée en l'espèce. Les intimés affirment que la réparation est fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* et qu'aucun avis n'est donc requis. Nous ne sommes pas d'accord avec eux sur ce point. Il s'agit essentiellement d'une réparation de la nature de celles qui sont prévues au par. 52(1). Nous estimons que le raisonnement suivi par la cour dans l'arrêt *R. c. Murrins (D.)* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288 [C.A.], est convaincant. Dans l'arrêt *Murrins*, précité, la cour s'est penchée sur l'application rétroactive d'une ordonnance de prélèvement génétique dans une affaire où était invoqué le même argument tiré de l'al. 11i) de la *Charte* que celui qui nous est soumis en l'espèce. La cour a statué que si l'application rétroactive de l'ordonnance de prélèvement génétique donnait lieu à une violation des droits de M. Murrins, elle violerait le droit garanti par l'al. 11i) de la *Charte* à tout contrevenant faisant l'objet d'une telle requête qui aurait commis l'infraction désignée avant son adoption. Il ne s'agissait donc pas simplement de savoir si le droit garanti à M. Murrins par l'al. 11i) de la *Charte* avait été violé, mais aussi de savoir si cette disposition était constitutionnelle.

Cette logique s'applique avec autant de vigueur dans les appels dont nous sommes saisis. Malgré les tentatives qu'a faites l'avocat de la défense pour qualifier la question de recours fondé sur le par. 24(1) de la *Charte*, il s'agit en réalité d'une demande de réparation fondée sur le par. 52(1) pour violation de la *Charte* et de contestation de la constitutionnalité de l'application rétroactive de [la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10].

La preuve n'appuie pas l'argument suivant lequel il y a eu un avis de facto. La Cour suprême du Canada s'est

absence of notice was addressed in *Eaton v. Board of Education of Brant County*, [1997] 1 S.C.R. 241[, . . .] where the court favoured the view that in the absence of notice, the decision is ipso facto invalid. Were we in error on the approach to be taken, the record itself establishes prejudice to the Crown: no one appeared for the federal Crown and hence it had no opportunity to make submissions or to supplement the record. Secondly, there was no opportunity to put forward an evidentiary record in support of a s. 1 *Charter* argument on the part of either Attorney General.

(*Aberdeen*, at paras. 12-15, per Paperny J.A.)

[101] This approach is precisely the route Ms. Ernst took almost a decade after the Alberta Court of Appeal impugned it, arguing that her claim was a s. 24(1) *Charter* remedy and that notice was therefore not required. As in *Aberdeen*, hers is a veiled s. 52 *Charter* claim.

[102] The Alberta Court of Appeal's censure was echoed by this Court in *Guindon*. In *Guindon*, this Court concluded that a new constitutional question ought not be answered at this level unless the state of the record, the fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this Court, the question's suitability for decision, and the broader interests of the administration of justice demand it. *Guindon* emphasized that the "test for whether new issues should be considered is a stringent one", and the discretion to hear new issues "should only be exercised exceptionally and never unless the challenger shows that doing so causes no prejudice to the parties".

[103] The threshold for the exceptional exercise of this Court's discretion to answer a new constitutional question, articulated most recently in *Guindon* but also in full view in this Court's prior decision in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, is nowhere in sight in this case.

penchée sur l'effet juridique concret de l'absence d'avis dans *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241[, . . .] où elle était favorable à l'opinion selon laquelle, en l'absence d'avis, la décision est ipso facto invalide. Si nous faisons erreur quant à l'approche à adopter, le dossier lui-même démontre le préjudice subi par Sa Majesté : personne n'a comparu au nom de la Couronne fédérale, qui n'a donc pas eu la possibilité de faire valoir son point de vue ou d'étoffer le dossier. En second lieu, aucun des deux procureurs généraux n'a eu l'occasion de soumettre un dossier de preuve à l'appui d'un moyen tiré de l'article premier de la *Charte*.

(*Aberdeen*, par. 12-15, la juge Paperny)

[101] C'est précisément la démarche qu'a adoptée M<sup>me</sup> Ernst presque une décennie après son rejet par la Cour d'appel de l'Alberta, en soutenant que sa demande était fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* et qu'elle n'avait donc pas à donner d'avis. Tout comme dans l'affaire *Aberdeen*, sa demande se fonde à mots couverts sur l'art. 52.

[102] Notre Cour a repris à son compte dans *Guindon* la censure de la Cour d'appel de l'Alberta. Dans cet arrêt, notre Cour a en effet conclu qu'elle ne devait pas répondre à une nouvelle question constitutionnelle à cette étape à moins que la teneur du dossier, l'équité envers toutes les parties, l'importance que la question soit résolue par la Cour, le fait que la question se prête à une décision et les intérêts de l'administration de la justice en général ne l'exigent. Dans l'arrêt *Guindon*, notre Cour a souligné que le « critère applicable pour décider de l'opportunité d'examiner une question nouvelle est strict » et que la Cour ne devait exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permettait d'examiner une question nouvelle « qu'à titre exceptionnel et jamais sans que le plaigneur ne démontre que les parties n'en subiront pas un préjudice ».

[103] On ne trouve en l'espèce pas la moindre allusion au seuil qui permettrait à notre Cour d'exercer de façon exceptionnelle son pouvoir discrétionnaire pour répondre à une nouvelle question constitutionnelle. Ce seuil a été formulé tout récemment dans *Guindon*, et ce, en toute connaissance de l'arrêt antérieur *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

[104] As the prior jurisprudence confirms, the fact that, at the request of a party, the Chief Justice has framed a constitutional question, does not obligate the Court to answer it if it would be inappropriate to do so (*Bell ExpressVu Limited Partnership*, at para. 59; *Eaton*, at para. 47).

[105] The Attorney General of Alberta and the Board both explicitly articulated their concerns objecting to the improper notice and the raising of new constitutional questions on appeal. The Board raised the matter before this Court in its response to Ms. Ernst's motion to state a constitutional question. The Attorney General of Alberta raised the notice issue at the Alberta Court of Appeal, and his materials were attached in the Board's response materials as well.

[106] While those concerns were raised before *Guindon* was released, they were nevertheless based on Alberta's and this Court's analogous jurisprudence. The Board's response to Ms. Ernst's motion to state a constitutional question, for example, stated:

This Court generally, and save in exceptional circumstances, will not state a constitutional question where, as here, that issue has not been raised in the courts below. The Appellant did not challenge the constitutional validity or applicability of s. 43 of the *ERCA* in the Court of Queen's Bench. At the Court of Appeal, the Appellant did not raise a proper constitutional question in respect of s. 43 of the *ERCA*. The Court did not address the constitutional applicability or validity of that section.

The distinction between the issue raised by the Appellant in the Courts below and a proper constitutional question is not a mere technicality, of no import to the parties. It is a question of procedural fairness. If the Appellant seeks to challenge the constitutional applicability or validity of a legislative provision, she is required to do so expressly, properly and precisely. If the Appellant wishes to raise a constitutional question, the parties are entitled to know what that question is. Indeed, the ERCB should

[104] Tel que le confirme la jurisprudence, le fait que la Juge en chef a formulé une question constitutionnelle à la demande d'une partie n'oblige pas la Cour à y répondre s'il serait inopportun de le faire (*Bell ExpressVu Limited Partnership*, par. 59; *Eaton*, par. 47).

[105] Le procureur général de l'Alberta et l'Office ont tous deux explicitement fait part de leurs préoccupations en s'opposant à l'avis irrégulier et à l'évocation de nouvelles questions constitutionnelles en appel. L'Office a soulevé la question devant notre Cour en réponse à la requête de M<sup>me</sup> Ernst en formulation d'une question constitutionnelle. Le procureur général de l'Alberta a pour sa part soulevé la question de l'avis en Cour d'appel de l'Alberta et ses documents accompagnaient également ceux déposés par l'Office à l'appui de sa réponse.

[106] Bien que ces préoccupations aient été exprimées avant le prononcé de l'arrêt *Guindon*, elles reposaient néanmoins sur la jurisprudence analogue de l'Alberta et de notre Cour. Par exemple, l'Office a affirmé ce qui suit dans sa réponse à la requête de M<sup>me</sup> Ernst en formulation d'une question constitutionnelle :

[TRADUCTION] Sauf circonstances exceptionnelles, la Cour ne formule généralement pas une question constitutionnelle dans un cas, comme en l'espèce, où cette question n'a pas été soulevée devant les juridictions inférieures. L'appelante n'a pas contesté la validité ou l'applicabilité constitutionnelle de l'art. 43 de l'*ERCA* en Cour du Banc de la Reine. En Cour d'appel, l'appelante n'a pas soulevé une question constitutionnelle régulière à l'égard de cet article. La Cour d'appel n'a pas non plus abordé l'applicabilité ou la validité constitutionnelle de celui-ci.

La distinction entre la question soulevée par l'appelante devant les juridictions inférieures et une question constitutionnelle régulière n'est pas un simple point technique sans importance pour les parties. C'est une question d'équité procédurale. Si l'appelante cherche à contester l'applicabilité ou la validité constitutionnelle d'une disposition législative, elle doit le faire en termes exprès, comme il se doit et avec précision. Si elle veut soulever une question constitutionnelle, les autres parties

not be made the primary defender of the constitutionality of legislation. That is the primary function of the Attorney General.

[107] This brings us to the factors set out in *Guindon*, which gave structure to this Court's prior jurisprudence. Beginning with the "state of the record", Ms. Ernst is asking this Court to pronounce on the constitutional applicability and operability of s. 43 in the absence of any submissions or evidence from the Attorney General of Alberta. This is troubling for several reasons.

[108] First, the public interest requires that the fullest and best evidence possible be put before the Court when it is asked to decide the constitutionality of a law. This was explained by Sopinka J. in *Eaton* where he said:

In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. Moreover, in this Court, which has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm, it is important that in making that decision, *we have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise* (emphasis added; para. 48).

[109] This requires the participation and input of the appropriate Attorneys General, especially from the jurisdiction of the legislation in question. In this case, there is no such evidentiary record about the constitutionality of s. 43 because until she came to this Court, Ms. Ernst denied that she was even challenging the constitutionality of s. 43.

ont le droit de la connaître. En fait, l'Office ne doit pas devenir le défenseur principal de la constitutionnalité d'une loi. C'est là la fonction première du procureur général.

[107] Cela nous amène aux facteurs énoncés dans *Guindon*, qui donne une structure à la jurisprudence de notre Cour. Pour ce qui est tout d'abord de la « teneur du dossier », M<sup>me</sup> Ernst demande à notre Cour de se prononcer sur l'applicabilité et l'opérabilité, du point de vue constitutionnel, de l'art. 43 sans qu'aucun argument ou élément de preuve n'ait été présenté par le procureur général de l'Alberta. Ce fait est troublant pour plusieurs raisons.

[108] Tout d'abord, l'intérêt public exige de soumettre à la Cour la preuve la meilleure et la plus complète possible lorsque la Cour est appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi. C'est ce que le juge Sopinka explique dans l'arrêt *Eaton* :

Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, *nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel* (italiques ajoutés; par. 48).

[109] Cela nécessite la participation et le concours des procureurs généraux concernés, surtout celui du ressort où a été adoptée la loi en question. En l'espèce, il n'y a pas de dossier de preuve portant sur la constitutionnalité de l'art. 43 parce que, jusqu'au moment où elle s'est présentée devant notre Cour, M<sup>me</sup> Ernst niait carrément qu'elle contestait la constitutionnalité de l'art. 43.

[110] In *Guindon*, the Court was also concerned about the waste of judicial resources that would result from the Court not considering the case on its merits by “[i]nsisting on the notice provision in the lower courts where . . . it would serve no purpose to do so” because this Court had “the benefit of fully developed reasons for judgment on the constitutional point in both of the courts below”, and several Attorneys General had “addressed the merits of the constitutional argument” before this Court (at paras. 35-36).

[111] In the case before us, the constitutionality of s. 43 was never fully or properly addressed, again because of Ms. Ernst’s express denial that she was challenging it. This meant that the Attorney General of Alberta, among others, was prevented from offering justificatory evidence for the Court of Appeal’s — and this Court’s — consideration.

[112] The “fairness to the parties” factor also weighs heavily against this Court exercising its discretion to decide the constitutionality of s. 43. In *Guindon*, in finding that the constitutionality of the provision at issue *should* be decided, the Court observed that “[n]o one has suggested that any additional evidence is required, let alone requested permission to supplement the record” (para. 35). In this case, the opposite is true. The Board, as already stated, asked this Court not to hear the constitutional question because it was not properly raised in the courts below, leaving it, rather than the Attorney General, unfairly as the sole defender of a provision in its enabling statute. At the Alberta Court of Appeal, the Attorney General of Alberta, for his part, also expressly raised concerns about the lack of notice and his inability to adduce evidence at the trial court and the appellate court. He stated that the government was “depriv[ed] . . . of an opportunity to adduce any relevant evidence”, and that it was “precluded from considering whether to call evidence of justification under s. 1” essentially because

[110] Dans *Guindon*, la Cour s’est dite également préoccupée par le gaspillage de ressources judiciaires qui résulterait du refus de la Cour de se prononcer sur l’affaire au fond si l’on « [s]’attach[ait] au respect de la disposition qui prescrit l’avis devant les juridictions inférieures lorsque [ . . . ] cela ne servirait à rien », d’autant plus que, dans cette affaire, notre Cour « dispos[ait] [ . . . ] des motifs de jugement détaillés des deux juridictions inférieures sur la question constitutionnelle » et que plusieurs procureurs généraux s’étaient « exprimés sur le bien-fondé de l’argument constitutionnel » devant notre Cour (par. 35-36).

[111] Dans l’affaire qui nous occupe, la constitutionnalité de l’art. 43 n’a jamais été pleinement ou correctement abordée, là encore parce que M<sup>me</sup> Ernst niait expressément qu’elle la contestait. Cela veut dire qu’à l’instar d’autres intéressés, le procureur général de l’Alberta a été empêché de soumettre des éléments de preuve justificatifs à l’examen de la Cour d’appel et de notre Cour.

[112] Le facteur de l’« équité envers les parties » joue lui aussi lourdement en défaveur de l’exercice, par notre Cour, de son pouvoir discrétionnaire pour se prononcer sur la constitutionnalité de l’art. 43. Dans l’arrêt *Guindon*, pour conclure qu’il y avait lieu de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition en litige, la Cour a fait observer que « [n]ul ne soutient qu’une preuve supplémentaire s’impose, sans compter qu’aucune demande d’autorisation d’étouffer la preuve n’a été présentée » (par. 35). En l’espèce, c’est plutôt le contraire. Comme je l’ai déjà dit, l’Office a demandé à notre Cour de ne pas instruire la question constitutionnelle parce qu’elle n’avait pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures, de sorte que c’est l’Office, et non le procureur général, qui s’est injustement retrouvé dans le rôle d’unique défenseur d’une disposition de sa loi habilitante. En Cour d’appel de l’Alberta, le procureur général de cette province avait pour sa part formulé lui aussi expressément des réserves au sujet du défaut d’avis et de son incapacité à présenter des éléments

of the indirect and unclear nature of how the issue was raised there.

[113] The failure to provide notice about the intention to challenge the constitutionality of s. 43 has therefore resulted in no record and in the Attorney General of Alberta having lost the opportunity to properly meet the case against it. This makes Ms. Ernst's request that this Court assess the application of the statutory immunity clause inappropriate — and unwise.

[114] Ms. Ernst's approach represents not only an improper collateral attack on s. 43's constitutionality, it is a dramatic jurisprudential development with profound implications for judicial and quasi-judicial decision-makers across Canada. It is crucial to note that immunity clauses protecting judicial and quasi-judicial bodies are found in, among other Canadian statutes, the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 33.1(21), 49(27), 82, and 86.2(19), providing immunity for Judges, Masters, Case Management Masters, and Judicial Council; the *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, s. 68, providing immunity for Mediators; the *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31, s. 14, providing immunity for Masters; the *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379, ss. 27.3 and 42, providing immunity for tribunals, any person acting on their behalf, and Provincial Court Judges; the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 12(6), providing immunity for Prothonotaries; the *Justices of the Peace Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-3, s. 4(5), providing immunity for the Justices of the Peace Review Council; *The Justices of the Peace Act, 1988*, S.S. 1988-89, c. J-5.1, s. 12.9, providing immunity for the Chief Judge, the Justices of the Peace Review Council, the investigation committee and any member or officer of the Council

de preuve tant en première instance qu'en cour d'appel. Il a déclaré que l'État avait été [TRADUCTION] « priv[é] [. . .] de toute possibilité de produire des éléments de preuve pertinents » et qu'il avait été « empêché d'examiner l'opportunité de présenter des éléments de preuve justificatifs fondés sur l'article premier », essentiellement en raison de la façon indirecte et ambiguë dont la question avait été soulevée dans cette affaire.

[113] Le défaut de M<sup>me</sup> Ernst de donner avis de son intention de contester la constitutionnalité de l'art. 43 s'est par conséquent traduit par une absence de dossier et par le fait que le procureur général de l'Alberta a perdu la possibilité de répondre convenablement aux allégations formulées contre cet article. Dans ces conditions, il est inopportun et mal avisé pour M<sup>me</sup> Ernst de demander à notre Cour de se prononcer sur l'application de la disposition législative prévoyant une immunité.

[114] L'approche préconisée par M<sup>me</sup> Ernst représente non seulement une attaque indirecte irrégulière de la constitutionnalité de l'art. 43, mais aussi un revirement jurisprudentiel radical qui a de profondes répercussions sur les décideurs judiciaires et quasi judiciaires partout au Canada. Il est indispensable de rappeler que des dispositions d'immunité protégeant les organismes judiciaires et quasi judiciaires se retrouvent, entre autres, dans les lois canadiennes suivantes : la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, par. 33.1(21), 49(27), art. 82 et par. 86.2(19), qui accorde l'immunité de poursuite aux juges, aux protonotaires, aux protonotaires chargés de la gestion des causes et au Conseil de la magistrature; la *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, art. 68, qui accorde l'immunité aux médiateurs; la *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31, art. 14, qui accorde l'immunité aux protonotaires; la *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379, art. 27.3 et 42, qui accorde l'immunité aux tribunaux administratifs, aux personnes agissant en leur nom et aux juges de la Cour provinciale; la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, par. 12(6), qui accorde aux protonotaires l'immunité de poursuite; la *Loi sur les juges de paix*, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-3, par. 4(5), qui accorde l'immunité au Conseil de surveillance des juges de paix;

or committee; *The Human Rights Code*, C.C.S.M., c. H175, s. 62, providing immunity for the Manitoba Human Rights Commission, any of its members, officers, employees and adjudicators; the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, Part 8, providing immunity to tribunal members, adjudicators and registrars; the *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 9, providing immunity for benchers, officers and employees; the *Labour Board Act*, S.N.S. 2010, c. 37, s. 11, providing immunity for the Labour Board and its members; the *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 145.4, providing immunity for mediators and the industrial inquiry commission; the *Workplace Safety and Insurance Act, 1997*, S.O. 1997, c. 16, Sch. A, s. 179(1), providing immunity for members, officers and employees of the Workplace Safety and Insurance Board or a person engaged by the Board to conduct examinations; the *Environmental Review Tribunal Act, 2000*, S.O. 2000, c. 26, Sch. F, s. 8.1(1), providing immunity for any member or employee of the Tribunal; and the *Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, s. 32, providing immunity for a commission, commissioners, and persons acting on behalf of or under the direction of a commissioner.

la *Loi de 1988 sur les juges de paix*, L.S. 1988-89, c. J-5.1, art. 12.9, qui accorde l'immunité de poursuite au Juge en chef, au Conseil de révision des activités des juges de paix, au comité d'enquête et aux membres et dirigeants du Conseil ou d'un comité; le *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., c. H175, art. 62, qui accorde l'immunité à la Commission des droits de la personne du Manitoba de même qu'à ses membres, cadres, employés et arbitres; l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, partie 8, qui accorde l'immunité aux membres, arbitres et greffiers des tribunaux administratifs; la *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, c. L.8, art. 9, qui accorde l'immunité aux conseillers, dirigeants et employés du Barreau; la *Labour Board Act*, S.N.S. 2010, c. 37, art. 11, qui accorde l'immunité à la Commission des relations de travail et à ses membres; le *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 145.4, qui accorde l'immunité aux médiateurs et à la commission d'enquête sur les relations de travail; la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*, L.O. 1997, c. 16, ann. A, par. 179(1), qui accorde l'immunité aux membres, administrateurs et employés de la Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail et à toute personne engagée par la Commission pour procéder à un examen; la *Loi de 2000 sur le Tribunal de l'environnement*, L.O. 2000, c. 26, ann. F, par. 8.1(1), qui accorde l'immunité aux membres et aux employés du Tribunal; et la *Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, art. 32, qui accorde l'immunité à une commission, aux commissaires et aux personnes agissant au nom d'un commissaire ou sous son autorité.

[115] The jurisprudence also confirms that judicial and quasi-judicial decision-makers are protected by common law immunities. This includes law society benchers and investigators acting on their behalf (*Edwards*); public inquiry officials (*Alkasabi v. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639, 48 A.C.W.S. (3d) 1306, at paras. 15-17; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, at pp. 737-45); and judges (*MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at pp. 830-31; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298 (C.A.), at paras. 25-29); see also discussions in Peter W. Hogg, Patrick J. Monahan, and Wade K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at

[115] La jurisprudence confirme par ailleurs que les décideurs judiciaires ou quasi judiciaires jouissent d'immunités en common law. Sont protégés notamment les conseillers du Barreau et les enquêteurs agissant en leur nom (*Edwards*), les commissaires agissant dans le cadre d'une enquête publique (*Alkasabi c. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639, 48 A.C.W.S. (3d) 1306, par. 15-17; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, p. 737-745) et les juges (*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, p. 830-831; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.), par. 25-29); voir également les commentaires dans Peter W. Hogg,

pp. 283-91; and Robert D. Kligman, “Judicial Immunity” (2011), 38 *Adv. Q.* 251, at pp. 251-61.

[116] Immunizing these judicial and quasi-judicial adjudicators from personal damages claims is grounded in attempts to protect their independence and impartiality, and to facilitate the proper and efficient administration of justice. In *Canada (Attorney General) v. Slansky*, [2015] 1 F.C.R. 81 (C.A.), at paras. 134-37, Mainville J.A. summarized the role that immunity plays for the judiciary:

The principle of judicial independence has resulted in concomitant immunities, most notably (a) the immunity of a judge from suit and prosecution, and (b) the immunity of a judge from testifying about or otherwise justifying the reasons for a particular decision beyond those given in open court: *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796 (*MacKeigan*), at page 830.

The immunity of a judge from suit and prosecution has long been recognized as necessary to maintain public confidence in the judicial system: *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, at pages 625-626, quoted approvingly in *Morier et al. v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716 (*Morier*), at page 737. The immunity serves to ensure that the judge is free in thought and independent in judgment: *Morier*, at pages 737-745. As noted by Lord Denning in *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), quoted approvingly in *Morier*, at page 739 and in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at pages 155-156:

If the reason underlying this immunity is to ensure “that they may be free in thought and independent in judgment,” it applies to every judge, whatever his rank. Each should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. He should not have to turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself: “If I do this, shall I be liable to damages?”

Patrick J. Monahan et Wade K. Wright, *Liability of the Crown* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 283-291; et dans Robert D. Kligman, « Judicial Immunity » (2011), 38 *Adv. Q.* 251, p. 251-261.

[116] L’immunité à l’égard des recours personnels en dommages-intérêts intentés contre les décideurs judiciaires et quasi judiciaires susmentionnés est motivée par la volonté de protéger leur indépendance et leur impartialité et par le souci de favoriser la bonne administration de la justice et d’en renforcer l’efficacité. Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Slansky*, [2015] 1 R.C.F. 81 (C.A.), par. 134-137, le juge Mainville résume ainsi le rôle que joue l’immunité dans le cas des juges :

Le principe de l’indépendance judiciaire a donné lieu à des immunités concomitantes, notamment a) l’immunité d’un juge contre les poursuites, et b) l’immunité d’un juge contre l’obligation de témoigner ou de fournir une quelconque justification au sujet des motifs d’une décision donnée, mis à part les motifs rendus au cours de l’audience publique : *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796 (*MacKeigan*), à la page 830.

L’immunité des juges contre les poursuites est depuis longtemps reconnue comme étant nécessaire pour maintenir la confiance du public envers le système judiciaire : *Garnett c. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, aux pages 625 et 626, cité avec approbation dans l’arrêt *Morier et autre c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716 (*Morier*), à la page 737. L’immunité sert à garantir que le juge est libre d’esprit et indépendant de pensée : *Morier*, aux pages 737 à 745. Comme le fait remarquer lord Denning dans la décision *Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), cité avec approbation dans l’arrêt *Morier*, à la page 739 et dans l’arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, aux pages 155 et 156 :

[TRADUCTION] Si la raison d’être de l’immunité est de garantir qu’ils « soient libres d’esprit et indépendants de pensée », elle s’applique à tous les juges indépendamment de leur rang. Tout juge doit être à l’abri de toute action en responsabilité lorsqu’il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l’abri de toute crainte. Il ne doit pas feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant « Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité? »



The additional immunity from accounting for or justifying judicial decisions beyond those reasons provided in open court also serves to ensure the independence of judges and to instil public confidence in the judicial process: *MacKeigan*, at pages 828-830. As noted by McLachlin J. (as she then was), at page 831 of that decision, “To entertain the demand that a judge testify before a civil body, an emanation of the legislature or executive, on how and why he or she made his or her decision would be to strike at the most sacrosanct core of judicial independence.”

It is important to bear in mind that these immunities are there not for the benefit of individual judges; rather they exist for the benefit of the community as a whole. Indeed, an independent judiciary free from improper influence is an essential component of a free and democratic society.

[117] The same analysis applies to quasi-judicial decision-makers, which is why legislatures and Parliament have extended statutory immunity to administrative boards and tribunals: see Hogg, Monahan and Wright, at p. 289, and Kligman, at pp. 259-61.

[118] Further, this Court has already accepted an immunity that protects regulatory boards from negligence claims that arise from the policy decisions they make, whether or not they are made in their adjudicative capacity: *Cooper*, at para. 38, and *Edwards*. In *Edwards*, for example, the Law Society of Upper Canada was sued in negligence for failing to properly investigate and remedy a situation where a lawyer’s trust fund had been compromised, despite the Law Society being advised of the suspicious use of the fund by the lawyer himself. The *Law Society Act* has an immunity clause in s. 9 which states:

9. No action or other proceedings for damages shall be instituted against the Treasurer or any bencher, official of the Society or person appointed in Convocation for any act done in good faith in the performance or intended performance of any duty or in the exercise or in

L’immunité supplémentaire contre le fait d’avoir à rendre des comptes ou à fournir des justifications concernant les décisions judiciaires, au-delà des motifs donnés en audience publique, sert également à garantir l’indépendance des juges et à accroître la confiance du public envers le processus judiciaire : *MacKeigan*, aux pages 828 à 830. Comme le fait remarquer le juge McLachlin (qui n’était pas encore juge en chef à l’époque) à la page 831 de cette décision, « [d]onner suite à l’exigence qu’un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l’élément le plus sacro-saint de l’indépendance judiciaire. »

Il est important de ne pas oublier que ces immunités existent non pas au bénéfice personnel des juges, mais plutôt au bénéfice de la collectivité dans son ensemble. En effet, un pouvoir judiciaire indépendant et libre de toute influence indue est un élément essentiel d’une société libre et démocratique.

[117] Cette analyse vaut aussi pour les décideurs quasi judiciaires, ce qui explique pourquoi les législatures et le Parlement fédéral ont étendu l’immunité légale aux commissions et tribunaux administratifs (voir Hogg, Monahan et Wright, p. 289, et Kligman, p. 259-261).

[118] De plus, notre Cour a déjà reconnu une immunité qui met les organismes de réglementation à l’abri des poursuites pour négligence découlant de leurs décisions de politique générale, que ces décisions soient prises ou non dans l’exercice de leur fonction juridictionnelle (*Cooper*, par. 38, et *Edwards*). Dans l’affaire *Edwards*, par exemple, le Barreau du Haut-Canada était poursuivi pour négligence pour ne pas avoir enquêté adéquatement et ne pas avoir remédié à une situation dans laquelle le compte en fiducie d’un avocat avait été compromis malgré le fait que le Barreau avait été prévenu par l’avocat lui-même de l’utilisation douteuse du compte en question. On trouve une disposition d’immunité dans la *Loi sur le Barreau*, à l’art. 9 qui prévoit :

9. Sont irrecevables les actions ou autres instances en dommages-intérêts intentées contre le trésorier, les conseillers, les dirigeants du Barreau ou les personnes nommées au Conseil, en raison d’un acte accompli de bonne foi dans l’exercice, réel ou projeté, d’un devoir

the intended exercise of any power under this Act, a regulation, a by-law or a rule of practice and procedure, or for any neglect or default in the performance or exercise in good faith of any such duty or power.

[119] The claim was struck as disclosing no cause of action by Sharpe J., who found that the Law Society’s quasi-judicial function immunized it from liability in negligence. Finlayson J.A. at the Court of Appeal agreed with Sharpe J., and concluded that the jurisprudence “clearly establishes a judicial immunity from negligence for the Law Society’s discipline process” ((2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), at p. 343). On appeal to this Court, no issue was taken with Finlayson J.A.’s finding that the quasi-judicial immunity provided by s. 9 of the *Law Society Act* also extended to the Law Society’s employees who investigate complaints. Applying the same logic, the immunity in s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* would apply to the Compliance Branch’s decision to cease communicating with Ms. Ernst. That means that artificial binary distinctions between adjudicative and other administrative decisions should be avoided, since these decisions too are subject to judicial review.

[120] The analogous functions between courts and quasi-judicial decision-makers mean that extra caution should be exercised before this Court nibbles away at the immunity clause in this case. There are profound and obvious implications for *all* judges and tribunals from such a decision, and it should not be undertaken without a full and tested evidentiary record. It may or may not be the case that governments will be able to justify immunity from *Charter* damages, but until the s. 1 justificatory evidence is explored, this Court should not replace the necessary evidence with its own inferences.

ou d’une fonction aux termes de la présente loi, d’un règlement, d’un règlement administratif ou d’une règle de pratique et de procédure, ou en raison d’une négligence ou d’une omission dans l’exécution, de bonne foi, de ce devoir ou de cette fonction.

[119] Le juge Sharpe avait radié la demande pour absence de cause d’action, concluant que la fonction quasi judiciaire qu’exerçait le Barreau le protégeait contre toute responsabilité pour négligence. Le juge Finlayson, de la Cour d’appel, avait abondé dans le sens du juge Sharpe et estimé que la jurisprudence [TRADUCTION] « établi[ssait] clairement une immunité judiciaire à l’égard de la négligence en faveur du processus disciplinaire du Barreau » ((2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), p. 343). Dans le cadre du pourvoi formé devant notre Cour, personne n’a contesté la conclusion du juge Finlayson suivant laquelle l’immunité quasi judiciaire prévue à l’art. 9 de la *Loi sur le Barreau* s’étendait aussi aux employés du Barreau chargés d’enquêter sur les plaintes. Selon la même logique, l’immunité prévue à l’art. 43 de l’*Energy Resources Conservation Act* s’appliquerait à la décision de la Direction de la conformité de cesser de communiquer avec M<sup>me</sup> Ernst. Par conséquent, il y a lieu d’éviter de faire des distinctions binaires factices entre les décisions de nature juridictionnelle et celles de nature administrative, puisque ces décisions sont également susceptibles de contrôle judiciaire.

[120] Compte tenu des fonctions analogues qu’exercent les tribunaux judiciaires et les décideurs quasi judiciaires, notre Cour doit user d’encre plus de prudence avant de rogner la disposition d’immunité en l’espèce. Une telle décision entraîne des conséquences profondes et évidentes pour l’ensemble des juges et des tribunaux et ne doit être prise que si l’on dispose d’un dossier de preuve complet qui a fait l’objet de vérifications. L’État pourra ou non être en mesure de justifier une immunité contre toute condamnation à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, mais tant que les éléments de preuve justificatifs fondés sur l’article premier n’ont pas été analysés, notre Cour ne devrait pas remplacer les éléments de preuve requis par ses propres déductions.

[121] This Court said in *Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28, that “granting damages under the *Charter* is a new endeavour, and an approach to when damages are appropriate and just should develop incrementally” (para. 21). It is worth noting that this Court has found *Charter* damages to be available on only two occasions: in response to a *Charter* breach resulting from abusive police conduct towards a detained suspect (*Ward*), and in response to a *Charter* breach resulting from a prosecutor’s inadequate evidentiary disclosure to a criminal accused (*Henry v. British Columbia (Attorney General)*, [2015] 2 S.C.R. 214). In both cases, the conduct justifying damages was committed by individuals who were under the direction of the state. *Charter* damages have never been awarded against independent judicial or quasi-judicial decision-makers. This does not mean that such damages are beyond reach, but they are tied to the question of the constitutionality of immunity clauses and the extent to which they should be read down.

[122] Moreover, it is important to note that in *Ward* and *Henry*, this Court had the benefit of significant contributions from various Attorneys General when deciding the s. 24(1) damages claims. In *Ward*, the Attorney General of British Columbia was directly involved in the litigation from the trial stage onwards, and before this Court, the Attorneys General of Canada, Ontario and Quebec intervened. Similarly in *Henry*, the Attorneys General of British Columbia and Canada were involved from the trial stage onwards, and before this Court, eight other provincial Attorneys General intervened.

[123] I agree that an analysis pursuant to *Ward* likely leads to the conclusion that *Charter* damages are not an “appropriate and just” remedy in the circumstances, but in my respectful view the question

[121] Notre Cour a déclaré dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, que « l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constitue une nouveauté, et les règles servant à déterminer s’il s’agit d’une réparation convenable et juste devraient se développer graduellement » (par. 21). Il vaut la peine de signaler le fait que notre Cour n’a permis l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* à titre de réparation pour une violation de la *Charte* que dans deux cas, à savoir : en réponse à une violation de la *Charte* résultant d’un abus de pouvoir des forces policières contre un suspect détenu (*Ward*) et en réponse à une violation de la *Charte* découlant du défaut du poursuivant de communiquer suffisamment d’éléments de preuve à l’accusé (*Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 214). Dans un cas comme dans l’autre, la conduite répréhensible justifiant la condamnation à des dommages-intérêts était le fait de représentants de l’État. Des décideurs judiciaires ou quasi judiciaires indépendants n’ont encore jamais été condamnés à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Il ne faut pas en conclure pour autant que de tels dommages-intérêts ne peuvent jamais être accordés, mais leur octroi dépend de la constitutionnalité de la disposition d’immunité et de la mesure dans laquelle elle doit être interprétée restrictivement.

[122] En outre, il importe de signaler que, dans les affaires *Ward* et *Henry*, notre Cour avait pu compter sur le précieux concours de divers procureurs généraux pour l’aider à trancher les demandes de dommages-intérêts fondées sur le par. 24(1). Dans l’affaire *Ward*, le procureur général de la Colombie-Britannique avait participé directement à l’instance dès l’étape du procès et, devant notre Cour, les procureurs généraux du Canada, de l’Ontario et du Québec étaient intervenus. De même, dans l’affaire *Henry*, les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et du Canada étaient intervenus dès le procès et, devant notre Cour, huit autres procureurs généraux provinciaux étaient intervenus.

[123] Je conviens qu’une analyse effectuée en conformité avec *Ward* mène vraisemblablement à la conclusion que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue pas une réparation

of whether such damages are appropriate requires a prior determination of the constitutionality of the immunity clause. If the clause is constitutional, there is no need to embark on a *Ward* analysis. If, on the other hand, it is found to be unconstitutional, only then does a *Ward* analysis become relevant.

[124] A final comment about the questionable nature in which the new constitutional question has arisen before this Court. Ms. Ernst acknowledged in the hearing before us that she was aware that s. 43 was being used to bar her claim at the Court of Queen's Bench and that she did not give the proper notice there. She must also be taken to be aware of the requirement of constitutional notice confirmed by Alberta's Court of Appeal, which expressly rejected the approach taken by Ms. Ernst of arguing that she was seeking a finding of constitutional inapplicability under s. 24(1) rather than unconstitutionality under s. 52. Yet at the Court of Appeal, Ms. Ernst's Notice of Appeal stated that she was *not* challenging the constitutional validity of s. 43, and that, as a result, no notice was required. She also stated, confusingly, that she would be arguing that s. 43 was "of no force and effect". This is hardly the kind of notice required by s. 24 of the *Judicature Act*. It was not until she was before this Court that she first expressed a clear intention to challenge the constitutionality of s. 43, essentially depriving both the Alberta Attorney General and others from the opportunity of meaningfully participating in prior proceedings.

[125] This is not conduct that should be rewarded in this Court with redemptive forgiveness. Ms. Ernst's conduct was procedurally in breach of her province's jurisprudence and statutory requirements, and of the public interest that jurisprudence and legislation was designed to protect.

« convenable et juste » dans les circonstances. Or, à mon humble avis, il faut statuer sur la constitutionnalité de la disposition d'immunité avant de juger si pareils dommages-intérêts sont convenables. Si la disposition est constitutionnelle, point n'est besoin de procéder à l'analyse prescrite par *Ward*. Si, en revanche, elle est jugée inconstitutionnelle, ce n'est que dans ce cas que l'analyse en question entre en jeu.

[124] Je tiens à formuler une dernière observation au sujet de la façon douteuse dont la nouvelle question constitutionnelle a été soulevée devant notre Cour. M<sup>me</sup> Ernst a reconnu à l'audience tenue devant nous qu'elle savait que l'art. 43 était invoqué pour faire obstacle à sa demande en Cour du Banc de la Reine et pourtant, elle n'a pas donné l'avis prescrit au cours de cette instance. Il faut également présumer qu'elle avait connaissance de son obligation de donner un avis de question constitutionnelle, comme l'a confirmé la Cour d'appel de l'Alberta, qui a expressément rejeté la manière dont M<sup>me</sup> Ernst avait fait valoir qu'elle tentait d'obtenir une conclusion d'inapplicabilité constitutionnelle en vertu du par. 24(1) plutôt qu'une déclaration d'inconstitutionnalité en vertu de l'art. 52. Or, devant la Cour d'appel, M<sup>me</sup> Ernst a précisé dans son avis d'appel qu'elle *ne* contestait *pas* la constitutionnalité de l'art. 43 et que, par conséquent, aucun avis n'était exigé. Elle a également déclaré de façon confuse qu'elle plaiderait que l'art. 43 était [TRADUCTION] « inopérant ». Ce n'est guère le genre d'avis qu'exige l'art. 24 de la *Judicature Act*. Ce n'est que devant notre Cour qu'elle a pour la première fois exprimé clairement son intention de contester la constitutionnalité de l'art. 43, privant essentiellement à la fois le procureur général de l'Alberta et d'autres intéressés de la possibilité de participer utilement aux instances précédentes.

[125] Notre Cour ne devrait pas récompenser une telle conduite en faisant preuve de clémence et en rétablissant M<sup>me</sup> Ernst dans ses droits. Par ses agissements, M<sup>me</sup> Ernst a, sur le plan procédural, agi à l'encontre de la jurisprudence et des exigences légales de sa province et contrairement à l'intérêt public que la jurisprudence et la loi étaient censées protéger.

[126] I therefore agree with both Wittmann C.J. and the Alberta Court of Appeal that Ms. Ernst's *Charter* claim should be dismissed for not disclosing a reasonable cause of action pursuant to the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 3.68, in light of the immunity clause.

[127] I also agree with them that judicial review was the appropriate means of addressing her concerns. As Wittmann C.J. concluded, "the time-tested and conventional challenge to an administrative tribunal's decision is judicial review, not an action against the administrative tribunal". The Court of Appeal agreed, and held that

limits on remedies do not offend the rule of law, so long as there remain some effective avenues of redress: *Ward* at paras. 34-5, 43. The long standing remedy for improper administrative action has been judicial review. There is nothing in s. 43 that would have prevented the appellant from seeking an order in the nature of *mandamus* or *certiorari* to compel the Board to receive communications from her. Further, she could have appealed any decisions of the Board to this Court, with leave . . . . (at para. 30).

[128] When the Board made the decision to stop communicating with Ms. Ernst through the normal complaints process, it was exercising its discretionary authority under its enabling legislation (s. 16 of the *Energy Resources Conservation Act*). Issues about the legality, reasonableness, or fairness of this discretionary decision are issues for judicial review (*Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 28). Even the language used by Ms. Ernst in her statement of claim — that the Board's decision "was made arbitrarily, and without legal authority" — evokes the terminology of a claim for judicial review.

[129] Ms. Ernst had the opportunity to seek timely judicial review of the Board's decision. She chose not to. Instead, she attempted to frame her

[126] Je suis donc d'accord tant avec le juge en chef Wittmann qu'avec la Cour d'appel de l'Alberta pour dire que la demande présentée par M<sup>me</sup> Ernst en vertu de la *Charte* devrait être rejetée au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable au sens de l'art. 3.68 des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, compte tenu de la disposition d'immunité.

[127] Je suis également d'accord avec eux pour dire que le moyen qu'elle aurait dû utiliser pour formuler ses doléances était de se pourvoir en contrôle judiciaire. Ainsi que l'a conclu le juge en chef Wittmann, [TRADUCTION] « le recours éprouvé habituellement utilisé pour contester la décision d'un tribunal administratif est le contrôle judiciaire et non une action dirigée contre le tribunal administratif ». La Cour d'appel s'est dite du même avis et a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . le fait qu'il existe des restrictions aux réparations ne contrevient pas à la primauté du droit tant qu'il reste une voie de recours efficace (*Ward*, par. 34-35 et 43). Le contrôle judiciaire constitue depuis longtemps le recours ouvert pour sanctionner un acte répréhensible de l'Administration. Rien à l'art. 43 n'aurait empêché l'appelante de solliciter un bref de *mandamus* ou de *certiorari* pour forcer l'Office à recevoir ses communications. De plus, elle aurait pu, sur autorisation, interjeter appel de toute décision de l'Office devant notre cour . . . (par. 30).

[128] Lorsque l'Office a décidé de cesser de communiquer avec M<sup>me</sup> Ernst dans le cadre du processus habituel de règlement des plaintes, il exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère sa loi habilitante (art. 16 de l'*Energy Resources Conservation Act*). La légalité, la rationalité ou l'équité de cette décision discrétionnaire sont des questions qui relèvent du contrôle judiciaire (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 28). Même les mots employés par M<sup>me</sup> Ernst dans sa déclaration, en l'occurrence que la décision de l'Office [TRADUCTION] « a été rendue arbitrairement et illégalement », rappellent la terminologie d'une demande de contrôle judiciaire.

[129] M<sup>me</sup> Ernst a eu l'occasion de solliciter en temps opportun le contrôle judiciaire de la décision de l'Office. Elle a choisi de ne pas se prévaloir

grievance as a claim for *Charter* damages. That is precisely why s. 43 exists — to prevent an end-run by litigants around the required process, resulting in undue expense and delay for the Board and for the public (*Hryniak v. Mauldin*, [2014] 1 S.C.R. 87).

[130] I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. were delivered by

[131] THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER AND BROWN JJ. (dissenting) — Section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ensures that those whose rights or freedoms have been violated have access to “appropriate and just” remedies. But s. 24(1) was not enacted in a vacuum. It was born into a legal system with limits which, in some cases, prevent claims from being brought, including claims against the state. This appeal concerns the operation of one such limit — a statutory immunity clause — on an application to strike a claim for a remedy under s. 24(1).

[132] The appellant, Jessica Ernst, brought a claim against the respondent, the Alberta Energy Regulator (“Board”), seeking, among other things, *Charter* damages under s. 24(1) for breaching her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*. In moving to strike Ms. Ernst’s claim, the Board relied in part on s. 43 of its enabling statute<sup>3</sup> which essentially bars all claims against the Board.

<sup>3</sup> The Board’s enabling statute was at all material times the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10 (“ERCA”). This statute has since been repealed and replaced with the *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3. The new legislation has a provision similar to s. 43 of the ERCA (s. 27). Under the ERCA, the regulator was known as the Energy Resources Conservation Board (“ERCB”). The new statute replaced the ERCB with the Board, and as a result, the Board is named as the respondent as the successor to the ERCB.

de cette possibilité. Elle a plutôt tenté d’exprimer ses reproches sous forme de demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. C’est précisément la raison d’être de l’art. 43 : empêcher les plaideurs de court-circuiter la procédure prescrite et éviter ainsi à l’Office et au public des frais et des retards indus (*Hryniak c. Mauldin*, [2014] 1 R.C.S. 87).

[130] Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver, Côté et Brown rendus par

[131] LA JUGE EN CHEF ET LES JUGES MOLDAVER ET BROWN (dissidents) — Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux personnes victimes de violation de leurs droits ou de leurs libertés la possibilité d’obtenir une réparation « convenable et juste ». Toutefois, le par. 24(1) n’a pas été édicté en l’absence de tout contexte. Il a vu le jour au sein d’un système juridique qui comporte des limites faisant parfois obstacle à la présentation de demandes, y compris celles dirigées contre l’État. Le présent pourvoi concerne l’application d’une telle limite, en l’occurrence une disposition législative prévoyant une immunité, à une requête en radiation d’une demande de réparation fondée sur le par. 24(1).

[132] L’appelante, Jessica Ernst, a présenté une demande contre l’intimé, l’Alberta Energy Regulator (« Office »), afin d’obtenir entre autres des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) pour violation du droit à la liberté d’expression que lui confère l’al. 2b) de la *Charte*. Pour solliciter la radiation de cette demande, l’Office s’est notamment fondé sur l’art. 43 de sa loi habilitante<sup>3</sup>, qui faisait

<sup>3</sup> La loi habilitante de l’Office s’est intitulée *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10 (« ERCA »), à toutes les époques pertinentes. Cette loi a depuis été abrogée et remplacée par la *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3. La nouvelle loi renferme une disposition semblable à l’art. 43 de l’ERCA (l’art. 27). À l’époque de l’ERCA, l’organisme de réglementation s’appelait l’Energy Resources Conservation Board (« ERCB »). La nouvelle loi a remplacé l’ERCB par l’Office, d’où la désignation de l’Office comme intimé parce qu’il a succédé à l’ERCB.

The case management judge found that, although Ms. Ernst's pleadings raised an arguable *Charter* claim, s. 43 immunized the Board. He accordingly struck her claim for *Charter* damages, and his decision was upheld by the Court of Appeal of Alberta.

[133] We would allow the appeal. Just as it is not plain and obvious that *Charter* damages could in no circumstances be an appropriate and just remedy in a claim against the Board or any quasi-judicial decision-maker like it, it is not plain and obvious that Ms. Ernst's claim is barred by s. 43. Ms. Ernst seeks *Charter* damages as a remedy for actions by the Board that Ms. Ernst says were intended to punish her. It is arguable that such punitive acts fall outside the scope of the immunity that s. 43 confers. Accordingly, we would hold that Ms. Ernst's claim cannot be struck on the basis of s. 43.

[134] On appeal to this Court, Ms. Ernst argued that it is not plain and obvious that s. 43 bars her claim for *Charter* damages because, in her submission, s. 43 is unconstitutional. Since we would conclude that it is not plain and obvious that s. 43 bars her claim at all, it is not necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage of the proceedings. If it is subsequently determined that s. 43 does, indeed, bar Ms. Ernst's claim for *Charter* damages, then she may challenge its constitutionality at that juncture.

[135] We add this. This is a difficult case raising novel and difficult issues. It is not surprising that counsel and judges at all levels have struggled to find the appropriate template through which to view Ms. Ernst's claim. In the end, and with great respect for contrary views, we have concluded that the test for striking out Ms. Ernst's claim at the

essentiellement obstacle à toute demande visant l'Office. Le juge chargé de la gestion de l'instance a conclu que même si les actes de procédure de M<sup>me</sup> Ernst donnaient ouverture à une demande fondée sur la *Charte* qui pouvait être plaidée, l'art. 43 protégeait l'Office. Il a par conséquent radié sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, une décision qui a été confirmée par la Cour d'appel de l'Alberta.

[133] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à la demande de M<sup>me</sup> Ernst, tout comme il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut en aucun cas constituer une réparation convenable et juste dans le cadre d'une demande présentée contre l'Office ou tout autre décideur quasi judiciaire analogue. M<sup>me</sup> Ernst réclame des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* en guise de réparation pour des agissements de l'Office qui, aux dires de M<sup>me</sup> Ernst, avaient pour but de la punir. On peut soutenir que de tels actes punitifs échappent à la portée de l'immunité que confère l'art. 43. Nous concluons donc à l'impossibilité de radier la demande de M<sup>me</sup> Ernst sur la base de l'art. 43.

[134] Devant notre Cour, M<sup>me</sup> Ernst a soutenu qu'il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* parce que, selon ses arguments, l'art. 43 est inconstitutionnel. Puisque nous concluons qu'il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à sa demande, point n'est besoin de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade de l'instance. S'il est décidé par la suite que l'art. 43 fait bel et bien obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par M<sup>me</sup> Ernst en vertu de la *Charte*, elle pourra alors en attaquer la constitutionnalité à cette étape.

[135] Nous ajoutons ceci. Il s'agit d'une affaire qui soulève des questions nouvelles et épineuses. Il n'est guère étonnant que les avocats et les juges de toutes les instances aient eu du mal à trouver le bon cadre d'analyse par lequel il faut voir la demande de M<sup>me</sup> Ernst. En fin de compte, et malgré tout le respect que nous avons pour les opinions contraires,

outset has not been satisfied, and that the matter should be returned to the Alberta courts to decide the important issues of free speech and *Charter* remedies that her case raises.

### I. Factual Background

[136] In 2007, Ms. Ernst claimed against the Board, EnCana Corporation, and the Province of Alberta, alleging that EnCana contaminated her water while shallow drilling for the extraction of methane gas, and that Alberta and the Board were indirectly responsible for this contamination. Only the claim against the Board is raised here.

[137] Ms. Ernst's claim against the Board is two-fold. First, she says the Board was negligent in administering its statutory regime, and that its failure to comply with certain statutory duties resulted in the contamination of her well. Secondly, she says that the Board breached her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*, and that she is entitled to *Charter* damages under s. 24(1). Only this second aspect of her claim is before us.

[138] Because this matter arises from an application to strike, Ms. Ernst's allegations must be taken as true. Those allegations are straightforward.

[139] Ms. Ernst lives near Rosebud, Alberta. A well draws water for her home from geological formations that comprise an aquifer, or a series of aquifers.

[140] The Board is a statutory government agency established to regulate the oil and gas industry in Alberta. It conducts inspections and investigations in respect of legislative and regulatory provisions intended to protect groundwater from contamination due to oil and gas development, and takes enforcement action when warranted. To these ends, it has a

nous avons conclu qu'il n'a pas été satisfait au critère applicable pour radier au départ la demande de M<sup>me</sup> Ernst et que l'affaire doit être renvoyée aux tribunaux albertains pour qu'ils tranchent les questions importantes de liberté d'expression et de réparations fondées sur la *Charte* qu'évoque son cas.

### I. Contexte factuel

[136] En 2007, M<sup>me</sup> Ernst a poursuivi l'Office, EnCana Corporation et la province de l'Alberta, en alléguant qu'EnCana avait contaminé son eau lors d'un forage superficiel visant à extraire du gaz de méthane et que l'Alberta et l'Office étaient indirectement responsables de cette contamination. Le présent pourvoi ne porte que sur la demande visant l'Office.

[137] La demande de M<sup>me</sup> Ernst contre l'Office comporte deux volets. En premier lieu, M<sup>me</sup> Ernst dit que l'Office a fait preuve de négligence dans l'application de son régime légal et que son défaut de se conformer à certaines obligations que la loi lui imposait a entraîné la contamination de son puits à elle. En second lieu, elle affirme que l'Office a violé son droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte* et qu'elle a droit à des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1). Nous ne sommes saisis que de ce second volet de sa demande.

[138] Comme la présente affaire découle d'une requête en radiation, les allégations de M<sup>me</sup> Ernst doivent être tenues pour avérées. Ces allégations sont simples.

[139] M<sup>me</sup> Ernst vit près de Rosebud, en Alberta. Un puits extrait de l'eau pour sa maison à partir de formations géologiques qui comprennent un aquifère ou une série d'aquifères.

[140] L'Office est un organisme gouvernemental créé par la loi dont la mission est de réglementer l'industrie des hydrocarbures en Alberta. Il réalise des enquêtes et inspections relatives aux dispositions législatives et réglementaires visant à protéger les eaux souterraines contre la contamination attribuable à l'exploitation de ressources pétrolières



specific process for communicating with the public and hearing public complaints.

[141] In 2004 and 2005, Ms. Ernst was a critic of the Board. She frequently expressed her concerns to the Board about the oil and gas development near her home. She also spoke to the media and to the public.

[142] Ms. Ernst alleges that her public criticism was a source of embarrassment to the Board, prompting it to take steps to silence her. In November 2005, the manager of the Board's Compliance Branch informed her by letter that all of its staff had been instructed to avoid contact with her. When Ms. Ernst wrote several letters asking why she was being excluded from the Board's public complaints process, the Board directed her to its legal branch, which initially ignored and later refused her request for an explanation. Eventually, the Board informed Ms. Ernst that it would communicate with her only if she agreed to raise her concerns directly with the Board, and not through the media or members of the public.

[143] In October 2006, Ms. Ernst wrote to the Board, asking that she be free to communicate unconditionally with the Board, like other members of the public. This letter went unanswered. It was not until March 2007 that the Board informed Ms. Ernst that she was free to communicate unconditionally with it.

[144] In her statement of claim, Ms. Ernst alleges that the Board breached her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*, in that the Board's actions "were a means to punish Ms. Ernst for past public criticisms" and "to prevent her from making future public criticisms" of the Board (A.R., at p. 72). In particular, Ms. Ernst alleges that the Board "*punitively*" excluded her from its own complaints, investigation and enforcement process "in retaliation for her vocal criticism"

et gazières, et prend des mesures coercitives au besoin. À ces fins, un mécanisme particulier lui permet de communiquer avec le public et d'entendre ses plaintes.

[141] En 2004 et 2005, M<sup>me</sup> Ernst a critiqué l'Office. Elle a fréquemment exprimé à l'Office ses inquiétudes au sujet de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières près de chez elle. Elle s'est également adressée aux médias et au public à cet égard.

[142] M<sup>me</sup> Ernst allègue que ses critiques publiques ont plongé l'Office dans l'embarras, ce qui a incité ce dernier à prendre des mesures pour la faire taire. En novembre 2005, le directeur de la Direction de la conformité de l'Office l'a informée par lettre que tous les membres de son personnel avaient reçu l'ordre de ne pas communiquer avec elle. Quand M<sup>me</sup> Ernst a écrit plusieurs lettres afin de savoir pourquoi on l'avait écartée du processus de règlement des plaintes publiques de l'Office, il l'a dirigée vers ses services juridiques qui, après l'avoir d'abord ignorée, ont refusé de donner suite à sa demande d'explications. L'Office a fini par dire à M<sup>me</sup> Ernst qu'il ne communiquerait avec elle que si elle acceptait d'exprimer ses préoccupations directement à l'Office et non par l'entremise des médias ou du public.

[143] En octobre 2006, M<sup>me</sup> Ernst a demandé par écrit à l'Office de la laisser communiquer avec lui sans condition, au même titre que tout autre simple citoyen. Cette lettre est restée sans réponse. Ce n'est qu'en mars 2007 que l'Office a informé M<sup>me</sup> Ernst qu'elle était désormais libre de communiquer avec lui sans condition.

[144] Dans sa déclaration, M<sup>me</sup> Ernst reproche à l'Office d'avoir violé le droit à la liberté d'expression que lui accorde l'al. 2b) de la *Charte*, en ce sens que les agissements de l'Office [TRADUCTION] « constituaient un moyen de [la] punir pour avoir critiqué publiquement dans le passé [et] de [l']empêcher de critiquer publiquement [l'Office] à l'avenir » (d.a., p. 72). Plus particulièrement, M<sup>me</sup> Ernst allègue que l'Office l'a exclue « *de façon punitive* » de son processus de règlement des plaintes, d'enquête et

and “*arbitrarily*” removed her “from a public forum of communication with a government agency that had been established to accept public concerns and complaints” (A.R., at p. 72 (emphasis added)). Ms. Ernst claims damages of \$50,000 and relies on s. 24(1) of the *Charter*, which provides:

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[145] The Board applied to strike Ms. Ernst’s claim in negligence and her *Charter* damages claim, arguing that s. 43 of the *ERCA* plainly and obviously bars both claims. Section 43 reads as follows:

**43** No action or proceeding may be brought against the Board or a member of the Board or a person referred to in section 10 or 17(1) [technical specialists or personnel] in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.

## II. Decisions Below

[146] The case management judge struck both of Ms. Ernst’s claims (2013 ABQB 537, 570 A.R. 317). He disposed of the negligence claim as barred by s. 43 and, though he rejected the Board’s argument that Ms. Ernst’s pleadings did not disclose a violation of s. 2(b) of the *Charter*, he struck her claim for *Charter* damages as barred by the same provision.

[147] The Court of Appeal unanimously dismissed Ms. Ernst’s appeal (2014 ABCA 285, 580 A.R. 341). In doing so, it did not consider whether

d’application de la loi « en guise de représailles pour ses critiques de vive voix » et l’a écartée « *arbitrairement* d’une tribune de communication publique avec un organisme gouvernemental qui avait été créée pour recevoir les plaintes et préoccupations du public » (d.a., p. 72 (italiques ajoutés)). M<sup>me</sup> Ernst réclame des dommages-intérêts de 50 000 \$ et invoque le par. 24(1) de la *Charte*, qui dispose :

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[145] L’Office a sollicité la radiation de l’action de M<sup>me</sup> Ernst en négligence ainsi que sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, soutenant que l’art. 43 de l’*ERCA* fait évidemment et manifestement obstacle à ces deux recours. L’article 43 est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

**43** Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l’Office, un commissaire ou toute personne mentionnée à l’article 10 ou au paragraphe 17(1) [spécialistes techniques ou employés] pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l’Office, tout règlement d’application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l’Office.

## II. Décisions des juridictions inférieures

[146] Le juge chargé de la gestion de l’instance a radié les deux recours intentés par M<sup>me</sup> Ernst (2013 ABQB 537, 570 A.R. 317). Il a rejeté l’action en négligence au motif qu’elle était irrecevable par application de l’art. 43 et, bien qu’il ait rejeté l’argument de l’Office selon lequel les actes de procédure de M<sup>me</sup> Ernst ne révélaient aucune violation de l’al. 2b) de la *Charte*, il a également radié sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, la jugeant irrecevable elle aussi par application de la même disposition.

[147] La Cour d’appel a rejeté à l’unanimité l’appel de M<sup>me</sup> Ernst (2014 ABCA 285, 580 A.R. 341). Pour ce faire, elle ne s’est pas demandé si les actes

Ms. Ernst's pleadings made out a s. 2(b) claim, as the Board did not raise this issue on appeal. The Court of Appeal agreed with the case management judge that s. 43 of the *ERCA* barred Ms. Ernst's claim for *Charter* damages.

### III. Analysis

[148] A claim "will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action" (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 17; see also Rule 3.68 of the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010). The issue on this appeal is thus whether Ms. Ernst's claim should be struck out because it discloses no cause of action, either because it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in Ms. Ernst's action against the Board, or else because it is plain and obvious that the immunity clause in s. 43 of the *ERCA* bars her claim.

[149] In deciding whether a claim for *Charter* damages should be struck out on the basis of a statutory immunity clause, the court must first determine whether it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of the plaintiff's claim. If it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just, then the court must determine whether it is plain and obvious that the immunity clause, on its face, applies to the plaintiff's claim for *Charter* damages. If it is plain and obvious that the immunity clause applies, then the court must give effect to the immunity clause and strike the plaintiff's claim, unless the plaintiff successfully challenges the clause's constitutionality.

de procédure de M<sup>me</sup> Ernst établissaient le bien-fondé d'un moyen tiré de l'al. 2b), puisque l'Office n'avait pas soulevé cette question en appel. La Cour d'appel a convenu avec le juge chargé de la gestion de l'instance que l'art. 43 de l'*ERCA* faisait obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par M<sup>me</sup> Ernst en vertu de la *Charte*.

### III. Analyse

[148] L'action « ne sera rejetée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable » (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 17; voir aussi l'art. 3.68 des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010). La question à trancher dans le présent pourvoi est donc de savoir s'il y a lieu de radier la demande de M<sup>me</sup> Ernst car elle ne révèle aucune cause d'action, soit parce qu'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de l'action intentée par M<sup>me</sup> Ernst contre l'Office, soit parce qu'il est évident et manifeste que la disposition d'immunité contenue à l'art. 43 de l'*ERCA* fait obstacle à sa demande.

[149] Pour décider s'il y a lieu de radier une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* en raison d'une disposition législative prévoyant une immunité, le tribunal doit d'abord établir s'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande du demandeur. S'il n'est pas évident et manifeste que cette réparation ne peut pas être convenable et juste, le tribunal doit alors décider s'il est évident et manifeste que la disposition d'immunité s'applique à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par le demandeur en vertu de la *Charte*. Si la disposition s'applique évidemment et manifestement, le tribunal doit donner effet à la disposition d'immunité et radier la demande du demandeur, à moins que ce dernier ne conteste avec succès la constitutionnalité de la disposition.

[150] In this case, then, the first issue is whether it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of Ms. Ernst's claim. If it is, the appeal may be dismissed and the claim struck without any reliance on the immunity clause. Our colleague Cromwell J. goes further; he would hold not only that *Charter* damages are not appropriate and just in the circumstances of Ms. Ernst's claim, but also that *Charter* damages could *never* be appropriate and just in the circumstances of *any* claim against the Board — or, indeed, against any quasi-judicial decision-maker like it. He therefore concludes that s. 43 is not unconstitutional to the extent that it bars a claim against the Board for *Charter* damages.

[151] If, by contrast, it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy, the Court must consider the second issue — whether it is plain and obvious that s. 43 of the *ERCA* applies to Ms. Ernst's claim. If it is, the appeal must be dismissed and the claim struck on the basis of the immunity clause, unless the immunity clause is unconstitutional and therefore of no force and effect.

[152] If, however, it is not plain and obvious that s. 43 applies to Ms. Ernst's claim, the appeal must be allowed and it will not be necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage. We would dispose of the appeal on this basis.

A. *It Is Not Plain and Obvious That Charter Damages Could Not Be an Appropriate and Just Remedy*

[153] In *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, this Court set out a framework for assessing whether damages are an appropriate and just remedy in the circumstances. We turn

[150] Ainsi, il s'agit en l'espèce de déterminer d'abord s'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande de M<sup>me</sup> Ernst. Si c'est le cas, on peut rejeter le pourvoi et radier la demande sans invoquer le moindrement la disposition d'immunité. Notre collègue le juge Cromwell va plus loin : selon lui, non seulement l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* n'est pas convenable et juste dans le cas de la demande de M<sup>me</sup> Ernst, mais il ne peut *jamais* être convenable et juste pour *toute* demande contre l'Office, ni même contre n'importe quel autre décideur quasi judiciaire analogue. Le juge Cromwell conclut donc que l'art. 43 n'est pas inconstitutionnel en ce qu'il fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l'Office en vertu de la *Charte*.

[151] Si, par contre, il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste, la Cour doit se pencher sur la deuxième question : l'art. 43 de l'*ERCA* s'applique-t-il évidemment et manifestement à la demande de M<sup>me</sup> Ernst? Dans l'affirmative, il faut rejeter le pourvoi et radier la demande en raison de la disposition d'immunité, à moins que la disposition d'immunité ne soit inconstitutionnelle et par conséquent inopérante.

[152] S'il n'est toutefois pas évident et manifeste que l'art. 43 s'applique à la demande de M<sup>me</sup> Ernst, le pourvoi doit être accueilli et il ne sera pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade. Nous sommes d'avis de trancher le pourvoi sur ce fondement.

A. *Il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la Charte ne peut constituer une réparation convenable et juste*

[153] Dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, la Cour a établi des paramètres servant à déterminer si l'octroi de dommages-intérêts est une réparation convenable et

now to consider how that framework can be applied here, at the application to strike stage.

[154] To survive an application to strike, the claimant must first plead facts which, if true, could prove a *Charter* breach (see *Ward*, at para. 23). Ms. Ernst has met this threshold.

[155] The Board submits that Ms. Ernst’s s. 2(b) claim must be struck because s. 2(b) does not guarantee a right to be heard. We do not agree that Ms. Ernst’s claim necessarily depends on her establishing that s. 2(b) guarantees the positive right she asserts.

[156] A s. 2(b) infringement may result where state action, *in purpose or effect*, “restrict[s] attempts to convey a meaning” (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 973). If an individual’s expression promotes one of the principles underpinning s. 2(b) of the *Charter* and state action has the effect of limiting that expression, a s. 2(b) infringement may result (*Irwin Toy*, at p. 976). These principles were summarized in *Irwin Toy* as follows:

... (1) seeking and attaining the truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed. [p. 976]

[157] Ms. Ernst has pleaded that the Board is a government agency and a public body that encouraged public participation and communication in its regulatory process. She has pleaded that she was a “vocal and effective” critic of the Board, but that the Board took steps to restrict her speech by refusing to communicate with her or allow her to participate in its compliance and enforcement process until she

juste dans les circonstances. Nous nous penchons maintenant sur la manière dont ces paramètres peuvent s’appliquer en l’espèce, au stade de la requête en radiation.

[154] Pour résister à une requête en radiation, le demandeur doit d’abord alléguer des faits qui, s’ils se révélaient véridiques, pourraient démontrer l’existence d’une violation de la *Charte* (voir *Ward*, par. 23). M<sup>me</sup> Ernst a satisfait à ce critère.

[155] L’Office soutient que le moyen que M<sup>me</sup> Ernst tire de l’al. 2b) doit être radié parce que cet alinéa ne garantit pas le droit d’être entendu. Nous ne sommes pas d’avis que le succès de la demande de M<sup>me</sup> Ernst dépend nécessairement de son aptitude à démontrer que l’al. 2b) garantit le droit positif qu’elle revendique.

[156] Il peut y avoir violation de l’al. 2b) lorsque l’action du gouvernement *a pour objet ou pour effet* de « restreindre la transmission d’une signification » (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 973). Si le message que transmet l’individu favorise l’un des principes qui sous-tendent l’al. 2b) de la *Charte* et que l’action du gouvernement a pour effet de restreindre son expression, une violation de l’al. 2b) peut en résulter (*Irwin Toy*, p. 976). Ces principes ont été résumés ainsi dans l’arrêt *Irwin Toy* :

... (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d’intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d’enrichissement et d’épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l’égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l’égard de ceux à qui il est destiné. [p. 976]

[157] M<sup>me</sup> Ernst a allégué que l’Office est un organisme gouvernemental public qui encourageait la participation et la communication du public dans le cadre de son processus de réglementation. Elle a expliqué qu’elle avait critiqué l’Office [TRADUCTION] « de façon véhémement et efficace », mais que ce dernier avait pris des mesures pour restreindre son droit de parole en refusant de communiquer

“agreed to raise her concerns only with the [Board] and not publicly through the media or through communications with other citizens” (A.R., at pp. 70-71). The effect of the Board’s action was to “greatly limi[t] her ability to lodge complaints, register concerns and to participate in the [Board’s] compliance and enforcement process” (A.R., at p. 70).

[158] Ms. Ernst’s pleadings raise two possible sources of limits on her freedom of expression: (1) the Board told her she had to stop expressing herself *to the media and the public* or else it would not hear her complaints; and (2) Ms. Ernst was prohibited *from participating in the Board’s public complaints and enforcement process*. The first amounts to an allegation that the Board acted with the *purpose* of limiting Ms. Ernst’s expressive activity in the public sphere. The second amounts to an allegation that the Board’s action had the *effect* of limiting Ms. Ernst’s expression in the Board’s complaints and enforcement process, where that expression was consistent with her participation in social and political decision making relating to oil and gas development in southern Alberta.

[159] On either front, these pleadings establish the elements of an admittedly novel s. 2(b) claim. The test for granting an application to strike is stringent: it is “only if the statement of claim is certain to fail because it contains a ‘radical defect’ that the plaintiff should be driven from the judgment” (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 15). A court must “err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed” (*Imperial Tobacco*, at para. 21). We cannot say, on the basis of Ms. Ernst’s pleadings, that it is plain and obvious that she cannot establish a breach of s. 2(b) of the *Charter*.

avec elle ou en ne lui permettant de participer au processus de surveillance de la conformité et d’application de la loi que si elle « acceptait d’exprimer ses préoccupations uniquement à [l’Office] et non publiquement par l’entremise des médias ou en s’adressant à d’autres citoyens » (d.a., p. 70-71). Les agissements de l’Office ont eu pour effet de « limit[er] considérablement sa capacité de porter plainte, de formuler ses préoccupations et de prendre part au processus de surveillance de la conformité et d’application de la loi [de l’Office] » (d.a., p. 70).

[158] Les actes de procédure de M<sup>me</sup> Ernst évoquent deux tentatives possibles de restreindre sa liberté d’expression : (1) l’Office lui a dit qu’elle devait cesser de s’adresser *aux médias et au public*, à défaut de quoi l’Office refuserait d’entendre ses plaintes; (2) on a interdit à M<sup>me</sup> Ernst *de participer au processus public de règlement des plaintes et d’application de la loi*. Dans le premier cas, l’allégation de M<sup>me</sup> Ernst revient à dire que l’Office a agi dans le *but* de restreindre ses activités expressives dans l’espace public. Dans le second cas, son allégation revient à dire que les agissements de l’Office ont eu pour *effet* de restreindre sa liberté d’expression dans le cadre du processus de règlement des plaintes et d’application de la loi, chaque fois que cette liberté d’expression se traduisait par sa participation à la prise de décisions sociales et politiques en matière d’exploitation pétrolière et gazière dans le sud de l’Alberta.

[159] Dans un cas comme dans l’autre, les actes de procédure de M<sup>me</sup> Ernst établissent les éléments constitutifs d’un moyen certes inédit tiré de l’al. 2b). Le critère applicable en matière de radiation est rigoureux : ce n’est « que si la déclaration est vouée à l’échec parce qu’elle contient un “vice fondamental” que le demandeur devrait être privé d’un jugement » (*Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 15). Le tribunal doit « permettre, dans la mesure du possible, l’instruction de toute demande inédite, mais soutenable » (*Imperial Tobacco*, par. 21). Nous ne pouvons pas affirmer, sur la foi de ces actes de procédure, que M<sup>me</sup> Ernst ne peut évidemment et manifestement pas prouver l’existence d’une violation de l’al. 2b) de la *Charte*.

[160] Ms. Ernst has therefore pleaded a viable s. 2(b) claim against the Board for the purposes of the first step of the *Ward* analysis on an application to strike. The second step, on an application to strike, requires the claimant to demonstrate that damages could fulfill one or more of the functions of compensation, vindication, or deterrence (*Ward*, at paras. 24-31). Ms. Ernst has met this threshold, as well. She has not pleaded any injury caused by the Board that could give rise to compensatory *Charter* damages. But the fact that the claimant has not suffered compensable loss “does not preclude damages where the objectives of vindication or deterrence” are served by an award of *Charter* damages (*Ward*, at para. 30). Ms. Ernst’s pleadings allege that the Board’s actions were punitive, arbitrary, and retaliatory. These allegations are sufficient to establish that the functions of vindication and deterrence could be supported by an award of *Charter* damages.

[161] We note the case management judge’s concern that, absent the automatic application of statutory immunity clauses, “[p]arties would come to the litigation process dressed in their *Charter* clothes whenever possible” (trial reasons, at para. 81). However, parties can only come to court “in their *Charter* clothes” if they have pleaded all the elements of a *Charter* breach, and facts upon which an award of *Charter* damages could be functionally justified. *Charter* claims are not easy to make out; they require specific factual allegations. Where the state shows that a claimant has merely affixed a *Charter* label on what is in substance a private law claim, that claim should be struck at one of the first two steps of the *Ward* analysis.

[160] M<sup>me</sup> Ernst a donc plaidé un moyen valable tiré de l’al. 2b) à l’encontre de l’Office pour les besoins de la première étape de l’analyse prescrite par *Ward* dans le cas d’une requête en radiation. La deuxième étape à suivre en pareil cas oblige le demandeur à démontrer que les dommages-intérêts répondraient à l’un ou à plusieurs des objectifs d’indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion (*Ward*, par. 24-31). M<sup>me</sup> Ernst a satisfait également à ce critère. Elle n’a pas plaidé de préjudice causé par l’Office qui pourrait donner ouverture à des dommages-intérêts compensatoires fondés sur la *Charte*. Mais l’absence de préjudice indemnisable subi par le demandeur « n’empêche pas l’octroi de dommages-intérêts [en vertu de la *Charte*] si ceux-ci sont par ailleurs manifestement exigés par les objectifs de défense du droit ou de dissuasion » (*Ward*, par. 30). Dans ses actes de procédure, M<sup>me</sup> Ernst allègue que les agissements de l’Office étaient punitifs et arbitraires et qu’il s’agissait de mesures de représailles. Ces allégations suffisent pour établir que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* permettrait de répondre aux objectifs de défense du droit et de dissuasion.

[161] Nous prenons note du souci du juge chargé de la gestion de l’instance selon lequel, si les dispositions législatives prévoyant une immunité ne s’appliquent pas automatiquement, [TRADUCTION] « [I]es justiciables s’adresseraient aux tribunaux vêtus des atours de la *Charte* chaque fois qu’ils le pourraient » (motifs de première instance, par. 81). Toutefois, un justiciable ne peut s’adresser au tribunal « vêtu des atours de la *Charte* » que s’il a plaidé tous les éléments d’une violation de la *Charte* et les faits en raison desquels l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut être fondé d’un point de vue fonctionnel. Il n’est pas facile d’établir le bien-fondé d’une demande présentée en vertu de la *Charte*; une demande de ce genre doit être fondée sur des allégations de fait précises. Si l’État démontre qu’un demandeur s’est contenté de décrire comme étant « fondée sur la *Charte* » une demande qui, en réalité, constitue une action de droit privé, il y a lieu de radier cette demande à l’une des deux premières étapes de l’analyse prescrite par *Ward*.

[162] At the third step of *Ward*, as applied on an application to strike, the state may show that countervailing considerations make it plain and obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just (see *Ward*, at paras. 32-45). We will return to this step shortly. The fourth step of the *Ward* analysis concerns the quantum of damages that would be appropriate and just in the circumstances. Since this is a matter best left for summary procedure or trial, the claimant need not plead facts which show that the quantum of damages sought is appropriate and just.

[163] To be clear, claims that proceed beyond the application to strike stage need not advance to a full trial on the merits. Other summary procedures — in Alberta, for example, summary judgment or summary trial — can be employed on a more fully developed record.

[164] Cromwell J. accepts that Ms. Ernst has pleaded facts which satisfy the first two steps of the *Ward* analysis for the purposes of an application to strike. At the third step, however, he holds that countervailing factors make it plain and obvious that *Charter* damages cannot be an appropriate and just remedy in the circumstances of Ms. Ernst's claim against the Board — or, indeed, in *any* claim against the Board, or against any quasi-judicial decision-maker like it. We respectfully disagree.

[165] *Charter* damages will not be available where countervailing factors render s. 24(1) damages inappropriate or unjust. In *Ward*, this Court identified such countervailing factors as including the availability of alternative remedies and good governance concerns. We propose to elaborate briefly on these two factors.

[162] À la troisième étape de l'analyse prescrite par *Ward*, dans le cas d'une requête en radiation, l'État peut démontrer qu'en raison de considérations faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut évidemment et manifestement pas être convenable et juste (voir *Ward*, par. 32-45). Nous reviendrons sur cette étape sous peu. La quatrième étape de l'analyse en question s'attache au montant des dommages-intérêts qui serait convenable et juste dans les circonstances. Puisqu'il vaut mieux trancher cette question dans le cadre d'une procédure ou d'un procès sommaire, le demandeur n'a pas à alléguer de faits démontrant que le montant des dommages-intérêts réclamés est convenable et juste.

[163] En termes clairs, il n'est pas nécessaire que les demandes franchissant l'étape de la requête en radiation fassent l'objet d'un procès complet sur le fond. On peut avoir recours à d'autres procédures sommaires — par exemple le jugement ou procès sommaire en Alberta — sur la foi d'un dossier plus étoffé.

[164] Le juge Cromwell reconnaît que M<sup>me</sup> Ernst a allégué des faits qui franchissent avec succès les deux premières étapes de l'analyse prescrite par *Ward* pour les besoins d'une requête en radiation. À la troisième étape, cependant, il estime qu'en raison de facteurs faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut évidemment et manifestement pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande présentée par M<sup>me</sup> Ernst contre l'Office, ni même, en fait, dans le cas de *toute* demande visant l'Office ou n'importe quel autre décideur quasi judiciaire analogue. Avec égards, nous ne partageons pas son avis.

[165] Des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne peuvent être obtenus s'il ne serait pas convenable ou juste d'accorder cette réparation en vertu du par. 24(1) à cause de facteurs faisant contrepoids. Dans *Ward*, notre Cour a précisé que ces facteurs comprennent la possibilité d'exercer d'autres recours et les préoccupations relatives au bon gouvernement. Nous donnerons brièvement des détails sur ces deux facteurs.



(1) Alternative Remedies

[166] *Charter* damages, to be recoverable, must meet at least one of the following objectives: compensating the loss caused by the breach, vindicating or affirming the right with respect to the harm done to the claimant and society, and deterring future breaches of the right by regulating state behaviour. Where a plaintiff has pleaded facts on the basis of which an award of *Charter* damages could be justified under one or more of these objectives, the burden shifts to the state to show that it is plain and obvious that the same objective or objectives can be met through other remedies.

[167] The Board submits, and our colleagues Abella and Cromwell JJ. agree, that Ms. Ernst had an alternative and effective remedy because she could have pursued judicial review of the Board's conduct. We cannot agree. In our view, the Board has not shown that it is plain and obvious that judicial review will meet the same objectives as an award of *Charter* damages, namely, vindicating Ms. Ernst's *Charter* right and deterring future breaches. At the very least, it would be premature to conclude, based on the pleadings alone, that judicial review would provide an effective alternative remedy to *Charter* damages in this case, let alone in *all* cases, against the Board. We note that, under the *Alberta Rules of Court*, damages are not available through judicial review.<sup>4</sup>

(2) Good Governance Concerns

[168] In *Ward*, this Court recognized that good governance concerns may render an award of *Charter* damages unjust or inappropriate. Such concerns were understood in *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R.

(1) L'existence d'autres recours

[166] Pour pouvoir être accordés, les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* doivent atteindre au moins un des objectifs suivants : compenser la perte causée par la violation, défendre ou revendiquer le droit pour ce qui est du préjudice causé au demandeur et à la société, et dissuader de nouvelles violations du droit en encadrant le comportement de l'État. Si le demandeur a allégué des faits pouvant fonder l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour réaliser un ou plusieurs de ces objectifs, il incombe à l'État de démontrer que l'on peut évidemment et manifestement atteindre ces mêmes objectifs par d'autres recours.

[167] L'Office affirme que M<sup>me</sup> Ernst était en mesure d'obtenir une autre réparation efficace parce qu'elle aurait pu demander le contrôle judiciaire des agissements de l'Office, et nos collègues les juges Abella et Cromwell souscrivent à cet argument. Nous ne pouvons y souscrire. À notre avis, l'Office n'a pas démontré que le contrôle judiciaire permettra évidemment et manifestement d'atteindre les mêmes objectifs que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, à savoir défendre le droit conféré à M<sup>me</sup> Ernst par la *Charte* et dissuader de nouvelles violations. Il serait à tout le moins prématuré de conclure, sur la seule foi des actes de procédure, que le contrôle judiciaire offrirait une réparation efficace à la place de dommages-intérêts fondés sur la *Charte* en l'espèce, encore moins dans *tous* les cas, à l'encontre de l'Office. Nous constatons que les *Alberta Rules of Court* ne permettent pas d'obtenir des dommages-intérêts par la voie du contrôle judiciaire<sup>4</sup>.

(2) Préoccupations relatives au bon gouvernement

[168] La Cour a reconnu dans *Ward* que des préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent faire en sorte que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne soit pas juste ou convenable. Les préoccupations de ce genre ont été décrites dans

<sup>4</sup> Rule 3.24.

<sup>4</sup> Règle 3.24.

214, as “policy factors that will justify restricting the state’s exposure to civil liability” (para. 39).

[169] A court must keep two interrelated principles in mind when considering such concerns. First, as *Ward* makes clear, *Charter* compliance is itself a foundational principle of good governance (para. 38). Second, courts must consider good governance concerns in a manner that remains protective of *Charter* rights, since the “appropriate and just” analysis under s. 24(1) is designed to redress the *Charter* breach.

[170] Bearing those principles in mind, if the state can establish, without relying on an immunity clause, that good governance concerns make it plain and obvious that *Charter* damages cannot be appropriate and just in the circumstances, then the plaintiff’s claim will be struck. This, in substance, is the conclusion reached by Cromwell J. He points to common law and statutory immunities enjoyed by judges and various quasi-judicial decision-makers, as well as good governance concerns rooted in the “practical wisdom” of the common law, to support his conclusion that *Charter* damages can never be an appropriate and just remedy in an action against the Board.

[171] We acknowledge that our common law recognizes absolute immunity from personal liability for judges in the exercise of their adjudicative function. This is necessary to maintain judicial independence and impartiality (*Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.); *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298 (C.A.), leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv). Such immunity is not inconsistent with the *Charter*, as judicial immunity itself is a fundamental constitutional principle (*Taylor*, at para. 57).

*Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214, comme des « facteurs de principe justifiant que l’on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l’État » (par. 39).

[169] Le tribunal doit garder à l’esprit deux principes interreliés lorsqu’il examine ces préoccupations. En premier lieu, comme l’indique clairement *Ward*, le respect de la *Charte* constitue en soi un principe fondamental de bon gouvernement (par. 38). En second lieu, le tribunal doit examiner les préoccupations relatives au bon gouvernement en se souciant de la protection des droits conférés par la *Charte*, car l’analyse de la réparation « convenable et juste » au sens du par. 24(1) est conçue pour remédier à la violation de la *Charte*.

[170] Compte tenu de ces principes, si l’État peut établir, sans invoquer de disposition d’immunité, que des préoccupations relatives au bon gouvernement font en sorte que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut manifestement pas être convenable ou juste dans les circonstances, la demande du demandeur sera radiée. C’est essentiellement ce que conclut le juge Cromwell. Il cite les immunités qu’accordent la common law et la loi aux juges et aux différents décideurs quasi judiciaires de même que les préoccupations relatives au bon gouvernement ancrées dans la « sagesse pratique » de la common law pour étayer sa conclusion selon laquelle les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne peuvent jamais constituer une réparation convenable et juste dans le cas d’une action intentée contre l’Office.

[171] Certes, notre common law reconnaît aux juges une immunité absolue à l’égard de la responsabilité personnelle dans l’exercice de leur fonction juridictionnelle. Cette immunité est nécessaire pour préserver l’indépendance et l’impartialité judiciaires (*Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.); *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.), autorisation d’appel refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv). Pareille immunité n’est pas incompatible avec la *Charte*, puisque l’immunité

Similarly, we anticipate that compelling good governance concerns rendering *Charter* damages inappropriate or unjust will exist where the state actor has breached a *Charter* right while performing an adjudicative function.

[172] But that is not the case before us. There is nothing in the record which indicates that the Board was acting in an adjudicative capacity when it informed Ms. Ernst that she could no longer write to the Board until she stopped publically criticizing it. We see no compelling policy rationale to immunize state actors in *all* cases, including where, as here, the impugned conduct is said to have been “punitive” in nature. To be precise, what Ms. Ernst alleges is that the Board, far from exercising an adjudicative function, effectively sought to punish her by barring access to those functions so long as she continued to criticize the Board in public. Our colleague Abella J. suggests that the Board, in deciding to stop communicating with Ms. Ernst, “in essence f[ound] her to be a vexatious litigant” (para. 64). We see no basis for our colleague’s characterization.

[173] Further, we disagree with our colleague Cromwell J. that the policy concerns which underlie the negation of any negligence law duty of care owed by the Board to Ms. Ernst support an absolute immunity from *Charter* damages claims for the Board. In his view, certain policy considerations which negate a duty of care should also render an award of *Charter* damages inappropriate or unjust, namely: (i) excessive demands on resources, (ii) the potential “chilling effect” on the behaviour of the state actor, and (iii) protection of quasi-judicial decision making. However, immunity in negligence law does not necessarily translate into immunity under the *Charter*. Though public regulators such as the Board will rarely be found to owe a duty of care in negligence law (*Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562,

judiciaire elle-même est un principe constitutionnel fondamental (*Taylor*, par. 57). De même, nous prédisons qu’il existera des préoccupations impérieuses relatives au bon gouvernement en raison desquelles il ne sera pas convenable ou juste de condamner à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* l’acteur étatique qui a violé un droit conféré par celle-ci dans l’exercice d’une fonction juridictionnelle.

[172] Or, nous ne sommes pas saisis d’une telle situation en l’espèce. Rien au dossier n’indique que l’Office exerçait une fonction juridictionnelle quand il a avisé M<sup>me</sup> Ernst qu’elle ne pouvait plus lui écrire avant de cesser de le critiquer publiquement. Nous ne voyons aucune raison impérieuse de politique générale pour laquelle il faudrait soustraire les acteurs étatiques dans *tous* les cas, notamment ceux, comme en l’espèce, où l’on prétend que la conduite reprochée est de nature « punitive ». Plus précisément, ce que M<sup>me</sup> Ernst allègue, c’est que l’Office, loin d’exercer une fonction juridictionnelle, a bel et bien cherché à la punir en lui refusant l’accès à ces fonctions tant qu’elle continuait à le critiquer publiquement. Notre collègue la juge Abella laisse entendre que, quand il a décidé de cesser de communiquer avec M<sup>me</sup> Ernst, l’Office a « concl[u] pour l’essentiel [que M<sup>me</sup> Ernst était] une plaideuse quérulente » (par. 64). La description de notre collègue nous paraît dénuée de fondement.

[173] En outre, nous ne partageons pas l’opinion de notre collègue le juge Cromwell selon laquelle les préoccupations de politique générale qui sous-tendent l’exclusion de toute obligation de diligence de l’Office en droit de la négligence envers M<sup>me</sup> Ernst justifient que l’Office bénéficie d’une immunité absolue à l’égard des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*. Selon lui, certaines des préoccupations qui excluent une obligation de diligence devraient aussi faire en sorte que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne soit pas convenable ou juste, en l’occurrence : (i) une ponction indue sur les ressources, (ii) l’« effet paralysant » que cette obligation peut avoir sur la conduite de l’acteur étatique et (iii) la protection du processus décisionnel quasi judiciaire. Toutefois, l’immunité en droit de la négligence n’emporte pas nécessairement

at para. 18; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537), this Court has rejected the argument that “the balancing of policy factors . . . which led this Court to establish a qualified immunity shielding prosecutors from tort liability absent a showing of malice . . . is also dispositive” in the context of *Charter* damages (*Henry*, at paras. 52 and 56). Considerations supporting private law immunity from liability for negligent conduct do not automatically support absolute immunity from *Charter* damages claims for more serious misconduct, including conduct amounting to bad faith or an abuse of power.

[174] Because good governance concerns should limit the availability of *Charter* damages only so far as necessary, this Court has recognized qualified immunities from claims for *Charter* damages, preconditioning an award upon the claimant establishing a threshold of misconduct or fault. In *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, the Court recognized that state actors should be afforded some immunity from claims for *Charter* damages, so as not to unduly constrain the effectiveness of state action under statutes that are subsequently declared invalid. This was said to furnish “a means of creating a balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government” (para. 79). *Mackin* cautions, however, that immunity — even in this qualified form — would not cover conduct that is “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power” (*ibid.*). The state and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect constitutional rights. This makes sense because, as noted in *Henry*, *Charter* breaches “cover a spectrum of blameworthiness, ranging from the good faith error, quickly rectified, to the rare cases of egregious failures” (para. 91). In *Henry*, the Court held that a heightened liability

immunity sous le régime de la *Charte*. Bien qu’il soit rare de conclure que des organismes de réglementation publics comme l’Office ont une obligation de diligence en droit de la négligence (*Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, par. 18; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537), notre Cour a rejeté dans *Henry* l’argument selon lequel « la mise en balance des considérations de principe [. . .] qui a amené notre Cour à établir une immunité restreinte protégeant les poursuivants contre toute responsabilité délictuelle en l’absence d’une démonstration de malveillance [. . .] tranche également » la question des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* (par. 52 et 56). Les considérations favorables à une immunité contre toute responsabilité pour négligence en droit privé ne sont pas nécessairement favorables à une immunité absolue contre les demandes de dommages-intérêts présentées en vertu de la *Charte* pour une inconduite plus grave, y compris une conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à un abus de pouvoir.

[174] Comme les préoccupations relatives au bon gouvernement ne doivent limiter la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* que dans la mesure nécessaire, notre Cour a reconnu des immunités relatives contre les demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*, et établi comme condition préalable à l’octroi de ces dommages-intérêts la démonstration par le demandeur d’un seuil d’inconduite ou de faute. Dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, la Cour a reconnu qu’il faut accorder aux acteurs étatiques une certaine immunité à l’égard des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* afin de ne pas limiter indûment l’efficacité des mesures prises par l’État en vertu de lois déclarées invalides par la suite. On a affirmé que l’immunité relative constituait « un moyen d’établir un équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d’avoir un gouvernement efficace » (par. 79). L’arrêt *Mackin* prévient toutefois que l’immunité — même sous cette forme restreinte — n’a pas été étendue au comportement « clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir » (*ibid.*). L’État et ses représentants sont tenus d’exercer leurs pouvoirs de bonne

threshold must be met in cases of wrongful non-disclosure, which addressed concerns about the “risk of undue interference with the ability of prosecutors to freely carry out their duties” (para. 76).

[175] In the private law context, the Court recognized in *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, that the Minister of Justice’s exercise of the power of mercy is entitled to only a *qualified* immunity from claims for damages. In that case, the Court held that damages in a civil case could still be awarded where the Minister of Justice acts in “bad faith” or with “serious recklessness” when reviewing an application for mercy (para. 69). Likewise, in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, Lamer J. (as he then was) noted that an action for malicious prosecution against the Attorney General or a Crown Attorney will lie only where the prosecutor has “perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice” (p. 194).

[176] These cases demonstrate that certain state actors are subject to *qualified* immunities. A judge, though absolutely immune in respect of his or her adjudicative role, is not necessarily immune in respect of acts or omissions outside his or her adjudicative role. A prosecutor is not immune where he or she perverts or abuses his or her office or intentionally withholds material evidence that he or she knows or should know is material to an accused’s ability to make full answer and defence. The Minister of Justice is not immune when he or she acts in bad faith or with serious recklessness in reviewing an application for mercy. Never has this Court held, simply because

foi et de respecter les droits constitutionnels. Cela est logique parce que, comme notre Cour l’a fait remarquer dans *Henry*, les violations de la *Charte* « peuvent découler d’un éventail de comportements répréhensibles, allant de l’erreur de bonne foi — corrigée rapidement — aux rares cas [de défauts] tout à fait inacceptable[s] » (par. 91). La Cour a conclu dans cet arrêt qu’il faut atteindre un seuil de responsabilité plus élevé dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Ce seuil répondait aux préoccupations concernant le « risque d’entraver indûment la possibilité, pour les poursuivants, d’exercer en toute liberté leurs fonctions » (par. 76).

[175] En droit privé, notre Cour a reconnu dans *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, que le ministre de la Justice n’a droit qu’à une immunité *relative* contre les demandes de dommages-intérêts dans l’exercice de son pouvoir de clémence. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu qu’il est encore possible d’octroyer des dommages-intérêts dans une action civile lorsque le ministre de la Justice fait preuve de « mauvaise foi ou [d’]insouciance grave » dans l’examen d’une demande de clémence (par. 69). De même, dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a signalé qu’il y a ouverture à action pour poursuites abusives contre le procureur général ou le procureur de la Couronne uniquement s’il a « commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il [a] abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle » (p. 194).

[176] Cette jurisprudence démontre que certains acteurs étatiques bénéficient d’une immunité *relative*. Bien qu’il jouisse d’une immunité absolue à l’égard de son rôle juridictionnel, le juge n’est pas nécessairement protégé pour ce qui est des actes ou omissions qui ne relèvent pas de ce rôle. Le poursuivant n’est pas protégé lorsqu’il pervertit son pouvoir ou en abuse, ou s’abstient délibérément de produire des éléments de preuve qu’il sait essentiels à la faculté de l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Le ministre de la Justice n’est pas protégé lorsqu’il fait preuve de mauvaise foi ou d’insouciance grave dans l’examen d’une

a governmental decision-maker has *an* adjudicative role — or a prosecutorial role, or a ministerial role — that *Charter* damages can never be an appropriate and just remedy, regardless of the circumstances.

[177] Cromwell J. asserts that when the countervailing factors he identifies are considered cumulatively, rather than individually or in isolation, they justify complete immunity from *Charter* damages claims for the Board and decision-makers like it. He would therefore hold, for the first time, that *Charter* damages can never be an appropriate and just remedy in *any* action against *any* quasi-judicial decision-maker like the Board. In our view, whether the countervailing factors are examined individually or collectively, the record at this juncture does not support recognizing such a broad, sweeping immunity for the Board in this case, let alone in every case.

[178] In the final analysis, it is not plain and obvious to us that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of Ms. Ernst’s claim against the Board. That being so, the remaining question is whether it is plain and obvious that s. 43 of the *ERCA* bars that claim. In our view, it does not.

B. *It Is Not Plain and Obvious That the Immunity Clause Bars the Plaintiff’s Claim*

[179] Recall that s. 43 of the *ERCA* provides that “[n]o action or proceeding may be brought against the Board . . . in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.” The issue is thus whether it is plain and obvious that the wrong pleaded — i.e., acts intended

demande de clémence. Notre Cour n’a jamais conclu que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut en aucun cas constituer une réparation convenable et juste du simple fait qu’un décideur gouvernemental remplit *une* fonction juridictionnelle, une fonction de poursuivant ou encore une fonction ministérielle, et ce, peu importe les circonstances.

[177] Le juge Cromwell affirme que, lorsque les facteurs faisant contrepoids qu’il énonce sont examinés cumulativement, plutôt qu’individuellement ou isolément, ils justifient une immunité absolue en faveur de l’Office et des décideurs analogues à l’égard des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*. Il arrive donc pour la première fois à la conclusion que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable ou juste dans *quelque* action *que ce soit* intentée contre *tout* décideur quasi judiciaire tel l’Office. À notre avis, que les facteurs faisant contrepoids soient examinés individuellement ou collectivement, le dossier ne permet pas à ce stade de reconnaître à l’Office une immunité aussi large et étendue en l’espèce, encore moins dans tous les cas.

[178] En dernière analyse, il n’est pas évident et manifeste pour nous que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande présentée par M<sup>me</sup> Ernst contre l’Office. En conséquence, il reste à décider si l’art. 43 de l’*ERCA* fait évidemment et manifestement obstacle à cette demande. À notre avis, ce n’est pas le cas.

B. *Il n’est pas évident et manifeste que la disposition d’immunité fait obstacle à la demande de la demanderesse*

[179] Rappelons que l’art. 43 de l’*ERCA* prévoit ce qui suit : [TRADUCTION] « Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l’Office [. . .] pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l’Office, tout règlement d’application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l’Office. » La question

to punish Ms. Ernst — would always and inevitably fall within the s. 43 bar to litigation. More precisely, the question is whether punitive conduct is clearly caught by the phrase, “any act or thing done purportedly in pursuance of” the *ERCA* or other legislation administered by the Board, or any regulation, or any “decision, order or direction”.

[180] We cannot conclude that it is plain and obvious that actions taken by the Board purely to punish a member of the public would necessarily fall within the phrase “done purportedly in pursuance” of the *ERCA* or any other instrument. It is arguable that the *ERCA* does not authorize punitive conduct, either expressly or impliedly. Nor does it plainly and obviously give persons acting under it or any other instrument the power to punish anyone as it allegedly punished Ms. Ernst. If, as Ms. Ernst asserts, “the decision to restrict her communication with the [Board], and the decision to continue such restriction, was made arbitrarily, and without legal authority” (A.R., at p. 72 (emphasis added)), the immunity clause may not apply to her claims in respect of these particular allegations.

[181] The courts below assumed that, by its terms, s. 43 of the *ERCA* plainly and obviously bars Ms. Ernst’s entire claim. In his submissions to this Court, Ms. Ernst’s counsel did the same. That assumption may ultimately prove correct, but it is not plainly and obviously so at this stage. If it is ultimately established that the actions of which Ms. Ernst complains were, in fact, “purportedly in pursuance” of the *ERCA*, other legislation or regulation, or a Board decision, order or direction, the immunity clause will bar her claim unless s. 43 is unconstitutional. In our view, those issues remain to be determined on a fuller record.

consiste donc à savoir s’il est évident et manifeste que le tort allégué — c’est-à-dire les actes visant à punir M<sup>me</sup> Ernst — relèverait toujours et inévitablement de l’interdiction de poursuite prévue par l’art. 43. Plus précisément, il s’agit de déterminer si la conduite punitive est clairement visée par le segment de phrase « tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec » l’*ERCA*, une autre loi appliquée par l’Office, tout règlement ou toute « décision, ordonnance ou directive ».

[180] Nous ne saurions conclure qu’il est évident et manifeste que les mesures prises par l’Office dans l’unique but de punir un membre du public seraient nécessairement visées par l’expression « qui aurait été accompli en conformité avec » l’*ERCA* ou tout autre instrument. On peut soutenir que l’*ERCA* n’autorise ni expressément ni implicitement une conduite punitive. Elle n’accorde pas non plus évidemment et manifestement aux personnes qui s’en réclament ou se réclament de tout autre instrument le pouvoir de punir qui que ce soit comme il aurait puni M<sup>me</sup> Ernst. Si, tel que le soutient M<sup>me</sup> Ernst, [TRADUCTION] « la décision de restreindre ses communications avec [l’Office] et celle de poursuivre pareille restriction ont été prises arbitrairement et illégalement » (d.a., p. 72 (nous soulignons)), la disposition d’immunité ne s’applique peut-être pas aux recours que M<sup>me</sup> Ernst a intentés relativement à ces allégations précises.

[181] Les juridictions inférieures ont supposé que, de par son libellé, l’art. 43 de l’*ERCA* fait évidemment et manifestement obstacle à la demande de M<sup>me</sup> Ernst au complet. Dans sa plaidoirie devant notre Cour, l’avocat de M<sup>me</sup> Ernst a supposé la même chose. Cette supposition pourrait s’avérer exacte en fin de compte, mais cela n’est pas évident et manifeste à ce stade. S’il est finalement établi que les actes dont se plaint M<sup>me</sup> Ernst [TRADUCTION] « aurai[en]t été [en fait] accompli en conformité » avec l’*ERCA*, une autre loi ou un règlement, ou une décision, ordonnance ou directive de l’Office, la disposition d’immunité fera obstacle à sa demande à moins que l’art. 43 soit inconstitutionnel. Nous estimons qu’il reste à trancher ces questions sur la foi d’un dossier plus étoffé.

[182] Our colleague Cromwell J. takes issue with our approach to the immunity clause. He stresses that this argument was not made by Ms. Ernst before this Court. We accept that this is so. However, as he correctly notes, the Court is not bound by the positions taken by the parties on questions of law. Ms. Ernst’s assumption that s. 43 of the *ERCA* bars all actions or proceedings against the Board, “regardless of the nature of the claim” (A.F., at para. 63), is not binding on us. The interpretation of s. 43 and particularly the phrase “in respect of any act or thing done purportedly in pursuant of this Act” raises a question of law, involving as it does a matter of statutory interpretation.

[183] Apart from our not being bound by the positions of the parties on questions of law, as we shall explain, the circumstances of this case are exceptional and, in our view, compel the Court to consider an issue not raised by the parties.

[184] First, Ms. Ernst raises a novel and difficult legal problem involving the interplay between legislative immunity clauses and s. 24(1) of the *Charter*. The significance of this issue cannot be overstated and it has proved challenging to counsel and the courts below. The complexity of this matter has understandably resulted in submissions which have not comprehensively addressed the issues in this case. In these circumstances, the Court may go beyond the parties’ submissions to make a proper determination of the matter according to law.

[185] Second, the issues raised by Ms. Ernst’s claim are of significant public importance. The allegations against the Board are serious. She says that the Board abused its powers to punish a citizen and to curtail her freedom of expression, thereby breaching her s. 2(b) *Charter* right. Whether Ms. Ernst may advance a claim for *Charter* damages against the Board in the face of a statutory immunity clause which may bar such claims will have consequences which extend

[182] Notre collègue le juge Cromwell s’inscrit en faux contre la manière dont nous abordons la disposition d’immunité. Il souligne que M<sup>me</sup> Ernst n’a pas avancé cet argument devant notre Cour, ce que nous reconnaissons. Toutefois, comme il le signale à juste titre, la Cour n’est pas liée par les positions qu’adoptent les parties sur des questions de droit. La supposition de M<sup>me</sup> Ernst selon laquelle l’art. 43 de l’*ERCA* fait obstacle à toute action ou instance introduite contre l’Office, [TRADUCTION] « peu importe la nature de la demande » (m.a., par. 63), ne nous lie pas. L’interprétation de l’art. 43, plus particulièrement le segment de phrase [TRADUCTION] « pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi », soulève une question de droit, soit un point d’interprétation législative.

[183] Outre le fait que nous ne sommes pas liés par les positions des parties sur des questions de droit, comme nous l’expliquerons, les circonstances de l’espèce sont exceptionnelles et, selon nous, elles contraignent la Cour à étudier une question que les parties n’ont pas soulevée.

[184] Premièrement, M<sup>me</sup> Ernst soulève un problème juridique nouveau et difficile à résoudre qui met en jeu l’interaction entre les dispositions législatives prévoyant une immunité et le par. 24(1) de la *Charte*. On ne saurait surestimer l’importance de ce point qui s’est révélé épineux pour les avocats et les juridictions inférieures. Naturellement, la complexité de cet enjeu s’est traduite par des observations qui ne traitaient pas exhaustivement des questions en l’espèce. Dans ces circonstances, la Cour peut aller au-delà des observations des parties pour trancher correctement l’enjeu conformément à la loi.

[185] Deuxièmement, les questions que soulève M<sup>me</sup> Ernst dans sa demande sont d’une grande importance pour le public. Les allégations formulées contre l’Office sont graves. M<sup>me</sup> Ernst dit que l’Office a abusé de ses pouvoirs pour punir une citoyenne et restreindre sa liberté d’expression, violant par le fait même le droit que lui garantit l’al. 2b) de la *Charte*. La possibilité ou non pour M<sup>me</sup> Ernst d’aller de l’avant avec une demande de dommages-intérêts



far beyond the facts of this case. In our view, the fact that Ms. Ernst did not argue that s. 43 does not apply to her claim should not impede the just determination of a legal issue which has such broad ramifications for the public.

[186] Since it is not plain or obvious that *Charter* damages could never be appropriate and just or that s. 43 of the *ERCA* bars Ms. Ernst's claim, the application to strike must fail and the appeal must be allowed. It is therefore unnecessary to determine s. 43's constitutionality, and we would decline to do so.

C. *We Decline to Answer the Constitutional Question*

[187] The constitutional question at issue on this appeal was stated by the Chief Justice as follows:

Is s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a claim against the regulator for a breach of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and an application for a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[188] Where the state applies to strike a claim for *Charter* damages on the basis of a statutory immunity clause and it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy but it *is* plain and obvious that the immunity clause would bar the plaintiff's claim, the plaintiff may defeat the application to strike by successfully challenging the clause's constitutionality. That is what Ms. Ernst sought to do in her appeal to this Court.

fondée sur la *Charte* à l'encontre de l'Office malgré une disposition législative prévoyant une immunité qui fait peut-être obstacle à de telles demandes aura des conséquences qui débordent largement les faits de l'espèce. À notre avis, le fait que M<sup>me</sup> Ernst n'a pas plaidé que l'art. 43 ne s'applique pas à sa demande ne devrait pas entraver le règlement juste d'une question de droit qui a des ramifications aussi vastes sur le public.

[186] Puisqu'il n'est pas évident ou manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais être convenable et juste ou que l'art. 43 de l'*ERCA* fait obstacle à la demande de M<sup>me</sup> Ernst, la requête en radiation doit être rejetée, et le pourvoi, accueilli. Il n'est donc pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43 et nous refusons de le faire.

C. *Nous refusons de répondre à la question constitutionnelle.*

[187] La question constitutionnelle en litige dans le présent pourvoi a été formulée en ces termes par la Juge en chef :

L'article 43 de la loi intitulée *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, est-il inapplicable ou inopérant du point de vue constitutionnel en ce qu'il fait obstacle à la présentation d'une action contre l'organisme de réglementation pour violation de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu'à la présentation d'une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[188] Si l'État réclame la radiation d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* en raison d'une disposition législative prévoyant une immunité, et il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut constituer une réparation convenable et juste, alors qu'il *est* évident et manifeste que la disposition d'immunité ferait obstacle à la demande du demandeur, ce dernier peut faire échec à la requête en radiation en contestant avec succès la constitutionnalité de la disposition. C'est ce que M<sup>me</sup> Ernst a tenté de faire dans le présent pourvoi.

[189] We would decline her invitation to strike down s. 43 as unconstitutional, for two reasons. First, it is not necessary to do so to dispose of this appeal; as discussed above, it is not plain and obvious that, on its face, s. 43 bars Ms. Ernst's claim for *Charter* damages. Second, even if it were necessary to consider s. 43's constitutionality, the record before us does not provide an adequate basis on which to do so; we have received neither submissions nor evidence on the application, if any, of s. 1 of the *Charter* to s. 43, for example.

[190] We would therefore leave for another day the question of whether s. 43 or a similar immunity clause can constitutionally bar a claim for *Charter* damages. All we have determined on this appeal is that, for the purposes of the application to strike, it is not plain and obvious that s. 43 applies to Ms. Ernst's claim. If a court ultimately finds that s. 43 does bar Ms. Ernst's claim, Ms. Ernst would still have the opportunity to seek a declaration that s. 43 of the *ERCA* is unconstitutional and to provide proper notice of her constitutional challenge to the Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta in accordance with s. 24 of Alberta's *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2.

[191] The constitutionality of s. 43 could then be dealt with at first instance. It would be open to the state to adduce evidence of countervailing considerations which may render *Charter* damages inappropriate or unjust, to make submissions on the extent, if any, to which s. 1 applies to Ms. Ernst's s. 24(1) claim and to provide any other evidence in support of the clause's constitutionality. Of course, it would be similarly open to Ms. Ernst to answer such evidence or submissions with evidence and submissions of her own.

[189] Nous refusons son invitation de déclarer l'art. 43 inconstitutionnel pour deux raisons. En premier lieu, point n'est besoin de le faire pour trancher le présent pourvoi; comme nous l'avons expliqué précédemment, il n'est pas évident et manifeste qu'à première vue, l'art. 43 fait obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par M<sup>me</sup> Ernst en vertu de la *Charte*. En second lieu, même s'il était nécessaire d'examiner la constitutionnalité de l'art. 43, le dossier dont nous disposons ne fournit pas un fondement adéquat à cet examen; nous n'avons reçu, par exemple, aucun argument ou élément de preuve au sujet de l'application, s'il en est, de l'article premier de la *Charte* à l'art. 43.

[190] Nous sommes donc d'avis de reporter à une autre occasion l'analyse de la question de savoir si l'art. 43 ou une disposition d'immunité semblable fait obstacle à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Tout ce que nous avons décidé en l'espèce, c'est qu'en ce qui concerne la requête en radiation, il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 s'applique à la demande de M<sup>me</sup> Ernst. Si un tribunal finit par conclure que l'art. 43 fait bel et bien obstacle à cette demande, M<sup>me</sup> Ernst aurait néanmoins la possibilité de solliciter un jugement déclarant que l'art. 43 de l'*ERCA* est inconstitutionnel et d'aviser comme il se doit le procureur général du Canada ainsi que le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta de sa contestation constitutionnelle conformément à l'art. 24 de la *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, de l'Alberta.

[191] Il sera possible par la suite de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 43 en première instance. L'État pourrait alors produire la preuve de considérations faisant contrepoids et susceptibles de faire en sorte que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne soit pas convenable ou juste, présenter des arguments sur la mesure, le cas échéant, dans laquelle l'article premier s'applique à la demande présentée par M<sup>me</sup> Ernst en vertu du par. 24(1) et déposer tout autre élément de preuve à l'appui de la constitutionnalité de la disposition. Bien entendu, il serait tout aussi loisible à M<sup>me</sup> Ernst de répliquer à ces éléments de preuve ou arguments par ses propres éléments de preuve et arguments.

#### IV. Conclusion

[192] We would allow the appeal, and set aside the order striking the claim, with costs to Ms. Ernst throughout. Ms. Ernst may proceed with her claim for *Charter* damages unless and until it is established that it is barred by s. 43.

*Appeal dismissed with costs, McLACHLIN C.J. and MOLDAVER, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Klippensteins, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Chernos Flaherty Svonkin, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: WeirFoulds, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.*

#### IV. Conclusion

[192] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance radiant la demande, le tout avec dépens en faveur de M<sup>me</sup> Ernst dans toutes les cours. M<sup>me</sup> Ernst peut aller de l'avant avec sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* à moins qu'il soit établi qu'elle est irrecevable par application de l'art. 43.

*Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges MOLDAVER, CÔTÉ et BROWN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Klippensteins, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.*

*Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Chernos Flaherty Svonkin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : WeirFoulds, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.*

**Nihal Awar** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent***INDEXED AS: R. v. AWER****2017 SCC 2**

File No.: 37021.

2017: January 17.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL  
OF ALBERTA*Criminal law — Sexual assault — Evidence — Expert evidence — Forensic DNA analysis — Trial judge unwarrantedly subjecting evidence of Crown and defence DNA experts to materially different levels of scrutiny — Conviction quashed and new trial ordered.***Cases Cited****Distinguished:** *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Schutz JJ.A.), 2016 ABCA 128, 37 Alta. L.R. (6th) 62, 29 C.R. (7th) 118, [2016] 9 W.W.R. 458, [2016] A.J. No. 457 (QL), 2016 CarswellAlta 827 (WL Can.), upholding the accused's conviction for sexual assault entered by Topolniski J. Appeal allowed.

*Nathan J. Whitling and Amy Lind*, for the appellant.*Troy Couillard*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — This appeal comes to us as of right from the Court of Appeal of Alberta. A majority of the court concluded that there was no basis

**Nihal Awar** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. AWER****2017 CSC 2**

N° du greffe : 37021.

2017 : 17 janvier.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Brown et Rowe.

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

*Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Preuve d'expert — Analyse génétique — Témoignages des experts en ADN de la Couronne et de la défense soumis de manière injustifiée par le juge du procès à des degrés fondamentalement différents d'examen — Déclaration de culpabilité écartée et nouveau procès ordonné.***Jurisprudence****Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Schutz), 2016 ABCA 128, 37 Alta. L.R. (6th) 62, 29 C.R. (7th) 118, [2016] 9 W.W.R. 458, [2016] A.J. No. 457 (QL), 2016 CarswellAlta 827 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé par le juge Topolniski. Pourvoi accueilli.

*Nathan J. Whitling et Amy Lind*, pour l'appelant.*Troy Couillard*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Notre Cour est saisie du présent appel de plein droit, qui vise un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta dans lequel celle-ci a

for overturning the appellant's conviction for sexual assault. Justice Berger, dissenting, would have set aside the appellant's conviction and ordered a new trial.

[2] Because we have concluded that a new trial must be ordered, we need not finally decide whether the impugned evidence of the Crown's DNA expert as to the source of the complainant's DNA, found on the appellant's penis, was or was not admissible. If an attempt is made to tender that evidence at the new trial, a *voir dire* may be required to determine whether it is sufficiently reliable to warrant its reception. It could conceivably amount to circumstantial evidence, derived from the expert's experience, from which an inference as to the origin of the complainant's DNA could reasonably be drawn. Alternatively, it might prove to be purely speculative, with little or no scientific foundation. Whatever the case, I note that it differs qualitatively from the impugned evidence in *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, where false logic, devoid of any probative force, was used to infer the state of mind of persons transporting large quantities of illicit drugs across the U.S.-Canada border.

[3] In the present case, assuming the impugned evidence of the Crown's DNA expert was admissible, it was challenged by the defence DNA expert as being speculative, and without any scientific foundation. On its face, there was no way of telling whether it was speculative, scientific or somewhere in between — and defence counsel did not explore this in cross-examination.

[4] Unfortunately, even though neither Crown nor defence counsel referred to the impugned evidence in their closing addresses, the learned trial judge accepted it at face value, without subjecting it to any

conclu, à la majorité, qu'aucune raison ne justifiait d'infirmer la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'appelant. Dissident, le juge Berger aurait pour sa part annulé la déclaration de culpabilité de l'appelant et ordonné un nouveau procès.

[2] Comme nous concluons qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, il n'est pas nécessaire que nous décidions de manière définitive si l'opinion contestée qu'a fournie l'expert en ADN de la Couronne relativement à la source de l'ADN de la plaignante qui a été trouvé sur le pénis de l'appelant était ou non admissible. Si l'on tente de présenter cette preuve lors du nouveau procès, un voir dire pourrait alors être requis afin de déterminer si elle est suffisamment fiable pour justifier sa réception. Il est concevable que cet élément puisse constituer, selon l'expérience de l'expert, une preuve circonstancielle dont pourrait raisonnablement être tirée une inférence relativement à l'origine de l'ADN de la plaignante. Inversement, le voir dire pourrait révéler qu'il s'agit seulement d'une preuve purement conjecturale, ne possédant que peu ou pas de fondement scientifique. Quoiqu'il en soit, je souligne qu'il s'agit d'une preuve qualitativement différente de celle qui était contestée dans *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, où une logique défectueuse, dénuée de toute valeur probante, avait été appliquée pour inférer l'état d'esprit de personnes transportant de grandes quantités de drogues illicites alors qu'elles franchissaient la frontière canado-américaine.

[3] En l'espèce, à supposer que l'opinion de l'expert en ADN de la Couronne ait été admissible, l'expert de la défense en la matière l'a contestée, lui reprochant de reposer sur des conjectures et d'être dépourvue de toute assise scientifique. De prime abord, rien ne permettait de dire si cette opinion était de nature conjecturale, scientifique ou à mi-chemin entre les deux — et l'avocat de la défense n'a pas exploré cet aspect en contre-interrogatoire.

[4] Malheureusement, bien que ni l'avocat de la Couronne ni celui de la défense n'aient fait état de la preuve contestée dans leurs plaidoiries, la juge de première instance l'a acceptée d'emblée, sans

scrutiny, and used it as an important piece of evidence in finding the appellant guilty.

[5] At the same time, the trial judge subjected the testimony of the defence DNA expert, who testified that the impugned evidence was speculative and without scientific foundation, to intense scrutiny.

[6] In our respectful view, the materially different levels of scrutiny to which the evidence of the two experts was subjected — none for the Crown expert and intense for the defence expert — was unwarranted, and it tended to shift the burden of proof onto the appellant.

[7] In these circumstances, we feel obliged to quash the conviction and order a new trial. In so concluding, we note that the Crown did not request that we apply the curative proviso. In any event, given the importance that the trial judge placed on the impugned evidence in finding the appellant guilty, we cannot say that the verdict would necessarily have been the same had she not done so.

[8] In the result, we would allow the appeal, quash the conviction and order a new trial.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Beresh Aloneissi O'Neill Hurley O'Keefe Millsap, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Alberta Department of Justice, Edmonton.*

la soumettre à un examen minutieux, et elle l'a invoquée comme élément de preuve important lorsqu'elle a conclu à la culpabilité de l'appellant.

[5] En revanche, elle a assujéti à un examen minutieux la déposition de l'expert en ADN de la défense, qui a témoigné que l'opinion contestée reposait sur des conjectures et était dépourvue de toute assise scientifique.

[6] À notre avis, le degré fondamentalement différent d'examen auquel ont été soumis les témoignages des deux experts — absence d'examen dans le cas de l'expert de la Couronne et examen minutieux dans le cas de l'expert de la défense — était injustifié, et cette situation a eu pour effet de déplacer le fardeau de la preuve sur les épaules de l'appellant.

[7] Dans ces circonstances, nous sommes dans l'obligation d'écarter la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès. Tout en concluant ainsi, nous tenons à souligner que la Couronne n'a pas demandé que nous appliquions la disposition réparatrice. À tout événement, vu l'importance qu'a accordée la juge du procès à la preuve contestée en concluant à la culpabilité de l'appellant, il nous est impossible d'affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même si elle ne lui avait pas accordé cette importance.

[8] En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'écarter la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant : Beresh Aloneissi O'Neill Hurley O'Keefe Millsap, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice de l'Alberta, Edmonton.*

**Frederick Allen Clark** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of Alberta,  
Canadian Association of Chiefs of Police and  
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**  
*Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. CLARK**

**2017 SCC 3**

File No.: 36813.

2017: January 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Remedy — Exclusion of evidence — Telewarrant sought by police officer to investigate theft of electricity — Judicial justice questioning officer as to reasons for which telewarrant sought — Court of Appeal finding that impartiality of judicial justice not compromised by conversation with officer — Court of Appeal finding that impracticability requirement for issuance of telewarrant met and exclusion of evidence unwarranted — Setting aside of acquittals and order for new trial upheld.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Frankel, Tysoe and Willcock J.J.A.), 2015 BCCA 488, 380 B.C.A.C. 15, 655 W.A.C. 15, 344 C.R.R. (2d) 226, 330 C.C.C. (3d) 448, [2015] B.C.J. No. 2558 (QL), 2015 CarswellBC

**Frederick Allen Clark** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureure générale du Québec,  
procureur général de l'Alberta,  
Association canadienne des chefs de police et  
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**  
*Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CLARK**

**2017 CSC 3**

N° du greffe : 36813.

2017 : 18 janvier.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Réparation — Exclusion de la preuve — Télémandat sollicité par un policier afin d'enquêter sur un vol d'électricité — Policier questionné par le juge de paix judiciaire au sujet des raisons invoquées au soutien de la demande de télémandat — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'impartialité du juge de paix judiciaire n'a pas été compromise par la conversation avec le policier — Conclusion de la Cour d'appel portant que la condition d'inconfort requise pour la délivrance du télémandat était respectée et que l'exclusion de la preuve n'était pas justifiée — Annulation des acquittements et ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès confirmées.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Frankel, Tysoe et Willcock), 2015 BCCA 488, 380 B.C.A.C. 15, 655 W.A.C. 15, 344 C.R.R. (2d) 226, 330 C.C.C. (3d) 448, [2015] B.C.J. No. 2558 (QL), 2015 CarswellBC

3431 (WL Can.), setting aside the accused's acquittals and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Julian van der Walle, Micah B. Rankin and Jeremy G. Jensen, for the appellant.*

*W. Paul Riley, Q.C., and François Lacasse, for the respondent.*

*Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General of Ontario.*

Written submissions only by *Abdou Thiaw*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Melanie Hayes-Richards, for the intervener the Attorney General of Alberta.*

*David Lynass and Megan Howery, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.*

*Ian R. Smith and Amy J. Ohler, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).*

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that the appeal should be dismissed, substantially for the reasons of Justice Frankel in the Court of Appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Julian van der Walle Law Corporation, Vernon; Jensen Law Group, Kamloops.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

3431 (WL Can.), qui a annulé les verdicts d'acquiescement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Julian van der Walle, Micah B. Rankin et Jeremy G. Jensen, pour l'appelant.*

*W. Paul Riley, c.r., et François Lacasse, pour l'intimée.*

*Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

Argumentation écrite seulement par *Abdou Thiaw*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

*Melanie Hayes-Richards, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.*

*David Lynass et Megan Howery, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.*

*Ian R. Smith et Amy J. Ohler, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Frankel de la Cour d'appel.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Julian van der Walle Law Corporation, Vernon; Jensen Law Group, Kamloops.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*



*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Fenton, Smith, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Fenton, Smith, Toronto.*

**Laurier Bédard and  
Sylvain Rangers** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. BÉDARD**

**2017 SCC 4**

File No.: 37071.

2017: January 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Criminal law — Defences — Officially induced error — Wildlife and fisheries officers charged with assault causing bodily harm after warrantless arrest attempt — Stay of proceedings ordered at trial on basis that officers' acts were based on officially induced error of law — Stay of proceedings set aside by Court of Appeal and officers found guilty — Convictions upheld.*

#### Cases Cited

**Referred to:** *Lévis (City) v. Tétreault*, 2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Doyon, Kasirer and Parent JJ.A.), 2016 QCCA 807, [2016] AZ-51286691, [2016] J.Q. n° 4649 (QL), 2016 CarswellQue 4216 (WL Can.), setting aside the stay of proceedings entered by Hudon J., 2014 QCCQ 12416, [2014] AZ-51136704, [2014] J.Q. n° 14596 (QL), 2014 CarswellQue 13566 (WL Can.), and finding the accused guilty of assault causing bodily harm. Appeal dismissed.

*Jean-Marc Fradette and Roseline Bouchard-Zee*,  
for the appellants.

**Laurier Bédard et  
Sylvain Rangers** *Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BÉDARD**

**2017 CSC 4**

N° du greffe : 37071.

2017 : 19 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Moyens de défense — Erreur provoquée par une personne en autorité — Agents de la faune et des pêches accusés de voies de fait infligeant des lésions corporelles suite à une tentative d'arrestation sans mandat — Arrêt des procédures prononcé en première instance au motif que les agents ont agi sur la foi d'une erreur de droit provoquée par une personne en autorité — Arrêt des procédures annulé par la Cour d'appel et agents déclarés coupables — Déclarations de culpabilité confirmées.*

#### Jurisprudence

**Arrêt mentionné :** *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Doyon, Kasirer et Parent), 2016 QCCA 807, [2016] AZ-51286691, [2016] J.Q. n° 4649 (QL), 2016 CarswellQue 4216 (WL Can.), qui a annulé l'arrêt des procédures prononcé par le juge Hudon, 2014 QCCQ 12416, [2014] AZ-51136704, [2014] J.Q. n° 14596 (QL), 2014 CarswellQue 13566 (WL Can.), et déclaré les accusés coupables de voies de fait infligeant des lésions corporelles. Pourvoi rejeté.

*Jean-Marc Fradette et Roseline Bouchard-Zee*,  
pour les appellants.

*Régis Boisvert, Jean-Philippe Robitaille and Sébastien Bergeron-Guyard, for the respondent.*

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The defence of officially induced error of law is intended to protect a diligent person who first questions a government authority about the interpretation of legislation so as to be sure to comply with it and then is prosecuted by the same government for acting in accordance with the interpretation the authority gave him or her.

[2] We have serious reservations about the very possibility of a government official raising the defence of officially induced error of law in relation to the performance of his or her duties.

[3] This being said, we all agree that the conditions under which this defence is available are not met here: see *Lévis (City) v. Tétreault*, 2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420. In particular, considered objectively, the third and fourth conditions — that the advice obtained came from an appropriate official and that the advice was reasonable — are not satisfied.

[4] For these reasons, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: Fradette & Le Bel, Chicoutimi.*

*Solicitor for the respondent: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.*

*Régis Boisvert, Jean-Philippe Robitaille et Sébastien Bergeron-Guyard, pour l'intimée.*

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — La défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité vise à protéger le citoyen diligent qui, d'un côté, s'enquiert auprès de l'État de l'interprétation à donner à une loi dans le but de ne pas l'enfreindre et, d'un autre côté, se retrouve poursuivi par le même État pour s'être conformé à l'interprétation que l'État lui a donnée.

[2] Nous avons de sérieuses réserves sur la possibilité elle-même qu'un agent de l'État dans l'exécution de ses fonctions puisse invoquer la défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité.

[3] Cela dit, nous sommes tous d'avis que les conditions donnant ouverture à cette défense ne sont pas remplies ici : voir *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420. En particulier, vues de façon objective, les troisième et quatrième conditions ne sont pas satisfaites, soit que l'avis obtenu provenait d'une personne compétente dans la matière et que l'avis avait un caractère raisonnable.

[4] Pour ces raisons, l'appel est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs des appelants : Fradette & Le Bel, Chicoutimi.*

*Procureur de l'intimée : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.*

**Tasia M. Natewayes** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. NATEWAYES**

**2017 SCC 5**

File No.: 36793.

2017: January 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Evidence — Assessment — Accused driving group of men to house so they could assault one individual — Fatal stabbing of another individual occurring during home invasion committed by men — Accused charged with manslaughter and breaking and entering with intent to commit indictable offence — Acquittal on manslaughter charge set aside by Court of Appeal and conviction entered — Court of Appeal concluding that it was open to trial judge to find that accused knew home invasion was about to happen — Accused's conviction for manslaughter upheld.*

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Richards C.J. and Caldwell and Whitmore JJ.A.), 2015 SKCA 120, 467 Sask. R. 308, 651 W.A.C. 308, [2015] S.J. No. 612 (QL), 2015 CarswellSask 722 (WL Can.), setting aside the accused's conviction for breaking and entering with intent to commit an indictable offence and entering a conviction for manslaughter. Appeal dismissed.

*Peter A. Abrametz*, for the appellant.

*W. Dean Sinclair, Q.C.*, for the respondent.

**Tasia M. Natewayes** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. NATEWAYES**

**2017 CSC 5**

N° du greffe : 36793.

2017 : 19 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit criminel — Preuve — Appréciation — Groupe d'hommes conduit par l'accusée à une maison en vue d'y agresser une certaine personne — Personne différente poignardée à mort pendant le braquage à domicile commis par ces hommes — Accusée inculpée d'homicide involontaire coupable et d'introduction par effraction dans un dessein criminel — Acquittement écarté par la Cour d'appel quant à l'accusation d'homicide involontaire coupable et verdict de culpabilité consigné — Conclusion de la Cour d'appel portant qu'il était loisible au juge du procès de statuer que l'accusée savait qu'un braquage à domicile était sur le point d'avoir lieu — Déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusée pour homicide involontaire coupable confirmée.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (le juge en chef Richards et les juges Caldwell et Whitmore), 2015 SKCA 120, 467 Sask. R. 308, 651 W.A.C. 308, [2015] S.J. No. 612 (QL), 2015 CarswellSask 722 (WL Can.), qui a écarté la déclaration de culpabilité pour introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel prononcée contre l'accusée et consigné un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction d'homicide involontaire coupable. Pourvoi rejeté.

*Peter A. Abrametz*, pour l'appelante.

*W. Dean Sinclair, c.r.*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view  
that the appeal should be dismissed for the reasons  
of Chief Justice Richards in the Court of Appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Peter A. Abrametz  
Legal Professional Corporation, Prince Albert.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General  
for Saskatchewan, Regina.*

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d’avis  
que le pourvoi doit être rejeté, et ce, pour les mo-  
tifs exposés par le juge en chef Richards de la Cour  
d’appel.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l’appelante : Peter A. Abrametz  
Legal Professional Corporation, Prince Albert.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de  
la Saskatchewan, Regina.*

**B.C. Freedom of Information and Privacy Association** *Appellant*

v.

**Attorney General of British Columbia**  
*Respondent*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
British Columbia Civil Liberties Association  
and Canadian Civil Liberties Association**  
*Interveners*

**INDEXED AS: B.C. FREEDOM OF INFORMATION AND  
PRIVACY ASSOCIATION v. BRITISH COLUMBIA  
(ATTORNEY GENERAL)**

**2017 SCC 6**

File No.: 36495.

2016: October 11; 2017: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Elections — Individuals or organizations who wish to “sponsor election advertising” required by Election Act to register with Chief Electoral Officer — Meaning of “sponsor” of “election advertising” — Whether individuals engaged in political self-expression come within definition of “sponsor” and need to register — Whether registration requirement is a reasonable and demonstrably justified limit on expression of sponsors who spend less than \$500 on election advertising — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, ss. 228 “election advertising”, 229, 239.*

**B.C. Freedom of Information and Privacy Association** *Appelante*

c.

**Procureur général de la Colombie-Britannique** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l’Ontario,  
procureure générale du Québec,  
British Columbia Civil Liberties Association  
et Association canadienne des libertés  
civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : B.C. FREEDOM OF INFORMATION AND  
PRIVACY ASSOCIATION c. COLOMBIE-BRITANNIQUE  
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2017 CSC 6**

N° du greffe : 36495.

2016 : 11 octobre; 2017 : 26 janvier.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’expression — Élections — L’Election Act oblige le particulier ou l’organisation qui souhaite « commanditer de la publicité électorale » à s’inscrire auprès du directeur général des élections — Signification de « commanditaire » de « publicité électorale » — Le particulier qui s’exprime politiquement à titre personnel tombe-t-il sous le coup de la définition de « commanditaire » et est-il tenu de s’inscrire? — L’obligation de s’inscrire constitue-t-elle une restriction de la liberté d’expression du commanditaire dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer lorsque les dépenses électorales d’un commanditaire sont inférieures à 500 \$? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, art. 228 « election advertising » (publicité électorale), 229, 239.*

In 2009 and 2013, the B.C. Freedom of Information and Privacy Association sponsored election advertising within the meaning of British Columbia’s *Election Act*. It was therefore subject to the impugned registration requirement in s. 239 of the Act. The Association sought a declaration that the registration requirement, to the extent that it applies to sponsors of election advertising who spend less than \$500 in a given campaign period, infringes s. 2(b) of the *Charter* and is not saved by s. 1. Specifically, it argued that requiring that individuals or organizations who wish to “sponsor election advertising” to register is not a reasonable and demonstrably justified limit on expression by persons who convey political messages through small-scale election activities like displaying homemade signs in their windows, putting bumper stickers on their cars, or wearing T-shirts with political messages on them. The trial judge dismissed the application. He accepted the Attorney General of British Columbia’s concession that s. 239 of the Act was an infringement of the right of free expression, but concluded that the infringement was justified under s. 1 of the *Charter*. A majority of the Court of Appeal reached the same conclusion.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Properly interpreted, s. 239 does not catch the categories of expression upon which the Association relies. The words of ss. 228, 229 and 239 of the Act, read in their grammatical and ordinary sense and harmoniously with the statutory scheme, the object of the Act, and the intention of the legislature, indicate that a “sponsor” required to register is an individual or organization who receives an advertising service from another individual or organization, whether in exchange for payment or without charge. Individuals who neither pay others for advertising services nor receive advertising services from others without charge are not “sponsors” within the meaning of s. 229(1). They may transmit their own points of view, whether by posting a handmade sign in a window, or putting a bumper sticker on a car, or wearing a T-shirt with a message on it, without registering.

Although the registration requirement imposed on sponsors limits their right of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, the limit on the expression of sponsors who spend less than \$500 is justified under s. 1. The purpose of the registration requirement — increasing transparency, openness, and public accountability in the electoral process and thus promoting an informed

En 2009 et 2013, B.C. Freedom of Information and Privacy Association a commandité de la publicité électorale au sens de l’*Election Act* (« Loi ») de la Colombie-Britannique. Elle était donc assujettie à l’obligation contestée de s’inscrire que prévoit l’art. 239 de la Loi. L’Association a sollicité un jugement déclarant que, dans la mesure où elle s’applique au commanditaire de publicité électorale qui dépense moins de 500 \$ au cours d’une campagne électorale, l’obligation de s’inscrire porte atteinte au droit garanti à l’al. 2b) de la *Charte* et n’est pas justifiée par application de l’article premier. Plus particulièrement, elle a soutenu que l’obligation de s’inscrire du particulier ou de l’organisation qui souhaite « commanditer de la publicité électorale » ne constitue pas une restriction dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer de la liberté d’expression d’une personne qui transmet un message politique dans le cadre d’une activité électorale à petite échelle, tels l’apposition d’une affiche faite main à sa fenêtre ou d’un autocollant au pare-chocs de sa voiture ou le port d’un tee-shirt sur lequel est inscrit un message politique. Le juge de première instance a rejeté la demande. Il a pris acte de la concession du procureur général de la Colombie-Britannique selon laquelle l’art. 239 de la Loi porte atteinte au droit à la liberté d’expression, mais il a estimé que l’atteinte était justifiée par application de l’article premier de la *Charte*. Les juges majoritaires de la Cour d’appel sont arrivés à la même conclusion.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Interprété correctement, l’art. 239 n’englobe pas les types d’expression invoqués par l’Association. Suivant son sens grammatical et ordinaire et selon une interprétation qui s’harmonise avec le régime législatif, l’objectif de la Loi et l’intention du législateur, le libellé des art. 228, 229 et 239 de la Loi indique que le « commanditaire » tenu de s’inscrire est le particulier ou l’organisation qui obtient des services de publicité d’un autre particulier ou d’une autre organisation, que ce soit contre paiement ou gratuitement. Le particulier qui ne paie pas un tiers pour des services de publicité et qui n’en obtient pas non plus gratuitement d’un tiers n’est pas un « commanditaire » au sens du par. 229(1). Il peut, sans s’inscrire, faire connaître son opinion personnelle en apposant une affiche faite main à sa fenêtre ou un autocollant au pare-chocs de sa voiture ou en portant un tee-shirt qui véhicule un message.

Même si l’obligation de s’inscrire restreint la liberté d’expression du commanditaire garantie par l’al. 2b) de la *Charte*, la restriction de la liberté d’expression du commanditaire dont les dépenses sont inférieures à 500 \$ est justifiée par application de l’article premier. L’objectif d’accroître la transparence et la responsabilité vis-à-vis du public dans le processus électoral et de favoriser

electorate — is pressing and substantial, and the registration requirement is rationally connected to this objective. The limit is also minimally impairing. By confining the registration requirement to sponsors and exempting individual political self-expression by persons who are not sponsors, s. 239 tailors the impingement on expression to what is required by the object of the Act. Moreover, the forms of advertising likely to be “sponsored” within the meaning of the Act are also likely to be subject to the Act’s attribution requirements, which are not challenged. The registration requirement’s deleterious effects are limited since only political expression in the form of sponsorship of election advertising stands to be delayed or inhibited. There will be few cases in which an individual or group is subject to the registration requirement but not the attribution requirement, and so the number of sponsors for whom s. 239 is the sole reason they cannot protect their anonymity will be few. The registration process is simple and unlikely to deter much, if any, expression in which a sponsor would otherwise engage. These limited deleterious effects are outweighed by the benefits of the scheme — permitting the public to know who is engaged in organized advocacy in their elections, ensuring that those who sponsor election advertising must provide the public with an assurance that they are in compliance with election law, and providing the Chief Electoral Officer with information that can assist in the enforcement of the Act and in informing sponsors of its requirements.

The Attorney General of British Columbia was not obligated to lead social science evidence in order to discharge its burden of justification under s. 1 of the *Charter*. Although not leading social science evidence may seriously diminish the government’s ability to justify the infringement of a *Charter* right, social science evidence may not be necessary where, as here, the scope of the infringement is minimal.

### Cases Cited

**Referred to:** *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Pacific Press v. British Columbia (Attorney General)*, 2000 BCSC 248, 73 B.C.L.R.

ainsi l’émergence d’un électorat averti est urgent et réel, et l’obligation de s’inscrire a un lien rationnel avec cet objectif. Aussi, la restriction emporte une atteinte minimale. En obligeant seulement le commanditaire à s’inscrire et en soustrayant à cette obligation la personne qui, sans être un commanditaire, exerce sa liberté d’expression politique à titre personnel, l’art. 239 adapte l’atteinte à la liberté d’expression selon ce que requiert l’objectif de la Loi. De plus, les formes de publicité susceptibles d’être « commanditées » au sens de la Loi sont également susceptibles d’être assujetties aux exigences de la Loi en matière d’identification, lesquelles ne sont pas contestées. Les effets préjudiciables de l’obligation de s’inscrire sont circonscrits, car seule l’expression politique par voie de commandite de publicité électorale risque d’être différée ou empêchée. Il arrivera rarement qu’un particulier ou un groupe soit assujéti à l’obligation de s’inscrire, mais non à celle de s’identifier, si bien que les commanditaires pour qui l’art. 239 constituera le seul obstacle à leur anonymat seront peu nombreux. Le processus d’inscription est simple et peu susceptible, le cas échéant, de dissuader un commanditaire de se livrer à quelque activité d’expression projetée. Les avantages du régime l’emportent sur ces effets préjudiciables circonscrits : ils permettent au public de connaître l’identité de ceux qui, lors d’élections, défendent des intérêts de manière organisée et d’obtenir de la personne qui commandite de la publicité électorale l’assurance qu’elle respecte la loi électorale; ils permettent également au directeur général des élections d’obtenir des renseignements susceptibles de faciliter l’application de la Loi et d’informer les commanditaires des exigences de celle-ci.

Le procureur général de la Colombie-Britannique n’était pas tenu de présenter une preuve relevant des sciences sociales pour s’acquitter de son obligation de justification au regard de l’article premier de la *Charte*. Bien que son omission de le faire puisse compromettre sérieusement la capacité de l’État de justifier l’atteinte à un droit constitutionnel, une telle preuve peut ne pas être nécessaire lorsque, comme en l’espèce, la portée de l’atteinte est minimale.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Pacific Press c. British Columbia (Attorney General)*, 2000



(3d) 264; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, s. 353(1).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b).  
*Election Act*, R.S.B.C. 1996, c. 106, ss. 228 “contribution”, “election advertising”, “value of election advertising”, 229 [am. 2002, c. 60, s. 6], 231, 235(1) [rep. *idem*, s. 7], 235.1, 239, 240, 244, 245, 283(m.1).  
*Election Act*, S.B.C. 1995, c. 51.  
*Election Advertising Regulation*, B.C. Reg. 329/2008, s. 2.  
*Election Statutes Amendment Act, 2002*, S.B.C. 2002, c. 60.

### Authors Cited

British Columbia. Chief Electoral Officer. “Report of the Chief Electoral Officer on Recommendations for Legislative Change”. Victoria: Elections BC, April 2010 (online: <http://www.elections.bc.ca/docs/rpt/2010-CEO-Report-Recommendations.pdf>; archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC6\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC6_eng.pdf)).

British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, No. 16, 4th Sess., 35th Parl., June 27, 1995, pp. 16240-41.

*Collins Canadian Dictionary*. Toronto: HarperCollins, 2010, “sponsor”.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Saunders and Lowry J.J.A.), 2015 BCCA 172, 371 B.C.A.C. 65, 636 W.A.C. 65, 76 B.C.L.R. (5th) 26, 334 C.R.R. (2d) 37, [2015] 12 W.W.R. 295, [2015] B.C.J. No. 774 (QL), 2015 CarswellBC 1035 (WL Can.), affirming a decision of Cohen J., 2014 BCSC 660, 308 C.R.R. (2d) 12, [2014] B.C.J. No. 688 (QL), 2014 CarswellBC 1034 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Alison M. Latimer and Sean Hern*, for the appellant.

BCSC 248, 73 B.C.L.R. (3d) 264; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b).  
*Election Act*, R.S.B.C. 1996, c. 106, art. 228 « contribution », « election advertising », « value of election advertising », 229 [mod. 2002, c. 60, art. 6], 231, 235(1) [abr. *idem*, art. 7], 235.1, 239, 240, 244, 245, 283(m.1).  
*Election Act*, S.B.C. 1995, c. 51.  
*Election Advertising Regulation*, B.C. Reg. 329/2008, art. 2.  
*Election Statutes Amendment Act, 2002*, S.B.C. 2002, c. 60.  
*Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, c. 9, art. 353(1).

### Doctrine et autres documents cités

*Collins Canadian Dictionary*. Toronto, HarperCollins, 2010, « sponsor ».

Colombie-Britannique. Chief Electoral Officer. « Report of the Chief Electoral Officer on Recommendations for Legislative Change », Victoria, Elections BC, April 2010 (en ligne : <http://www.elections.bc.ca/docs/rpt/2010-CEO-Report-Recommendations.pdf>; version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC6\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC6_eng.pdf)).

Colombie-Britannique. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, No. 16, 4th Sess., 35th Parl., June 27, 1995, p. 16240-16241.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Saunders et Lowry), 2015 BCCA 172, 371 B.C.A.C. 65, 636 W.A.C. 65, 76 B.C.L.R. (5th) 26, 334 C.R.R. (2d) 37, [2015] 12 W.W.R. 295, [2015] B.C.J. No. 774 (QL), 2015 CarswellBC 1035 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Cohen, 2014 BCSC 660, 308 C.R.R. (2d) 12, [2014] B.C.J. No. 688 (QL), 2014 CarswellBC 1034 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Alison M. Latimer et Sean Hern*, pour l’appelante.

*Karen A. Horsman, Q.C., and Sarah Bevan, for the respondent.*

*Michael H. Morris, for the intervener the Attorney General of Canada.*

*Daniel Guttman and Emily Bala, for the intervener the Attorney General of Ontario.*

*Dominique A. Jobin and Jean-Vincent Lacroix, for the intervener the Attorney General of Quebec.*

*Sheila Tucker and Joanne Lysyk, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.*

*Gillian T. Hnatiw and Zohar R. Levy, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.*

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — British Columbia’s *Election Act*, R.S.B.C. 1996, c. 106, requires individuals or organizations who wish to “sponsor election advertising” to register with the province’s Chief Electoral Officer. This registration requirement applies to all sponsors of election advertising, regardless of how much they spend during the writ period.

[2] It is common ground that British Columbia’s registration requirement limits the right of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The question on appeal is whether it is a reasonable and demonstrably justified limit on persons who convey political messages through small-scale election activities like displaying homemade signs in their windows, putting bumper stickers on their cars, or wearing T-shirts with political messages on them.

*Karen A. Horsman, c.r., et Sarah Bevan, pour l’intimé.*

*Michael H. Morris, pour l’intervenant le procureur général du Canada.*

*Daniel Guttman et Emily Bala, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.*

*Dominique A. Jobin et Jean-Vincent Lacroix, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.*

*Sheila Tucker et Joanne Lysyk, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.*

*Gillian T. Hnatiw et Zohar R. Levy, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — L’*Election Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 106 (« Loi »), oblige le particulier ou l’organisation qui souhaite [TRADUCTION] « commanditer de la publicité électorale » à s’inscrire auprès du directeur général des élections de la province. Cette obligation vaut pour tout commanditaire de publicité électorale, quel que soit le montant qu’il dépense pendant la période électorale.

[2] Il est acquis au débat que, en Colombie-Britannique, l’obligation de s’inscrire restreint la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La question à trancher dans le pourvoi est celle de savoir s’il y a restriction dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer lorsqu’une personne transmet un message politique dans le cadre d’une activité électorale à petite échelle, tels l’apposition d’une affiche faite main à sa fenêtre ou d’un autocollant au pare-chocs de sa voiture ou le port d’un tee-shirt sur lequel est inscrit un message politique.

[3] In my view, the Act does not catch small-scale election advertising of this nature. I would therefore dismiss the appeal.

### I. Legislation

[4] The challenge in this case is to the registration requirement that s. 239 of the British Columbia *Election Act* imposes on the sponsors of election advertising. This Court has upheld a registration requirement for third parties who spend at least \$500 on election advertising: *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827, at paras. 142-46, per Bastarache J., and at para. 48, per McLachlin C.J. and Major J.

[5] Section 239, by contrast, requires anyone who is a “sponsor” of “election advertising” to register:

#### **Election advertising sponsors must be registered**

**239** (1) Subject to subsection (2), an individual or organization who is not registered under this Division must not sponsor election advertising.

(2) A candidate, registered political party or registered constituency association is not required to be registered as a sponsor if the individual or organization is required to file an election financing report by which the election advertising is disclosed as an election expense.

(3) An individual or organization who is registered or required to be registered as a sponsor must be independent of registered political parties, registered constituency organizations, candidates, agents of candidates and financial agents, and must not sponsor election advertising on behalf of or together with any of these.

[6] Section 240 describes the registration process:

#### **Registration with chief electoral officer**

[3] À mon sens, la Loi ne vise pas ce type de publicité électorale à petite échelle. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

### I. Dispositions législatives

[4] La contestation porte en l’espèce sur l’obligation du commanditaire de publicité électorale de s’inscrire suivant l’art. 239 de l’*Election Act* de la Colombie-Britannique. Notre Cour a confirmé la validité d’une telle obligation dans le cas du tiers qui dépense au moins 500 \$ en publicité électorale (*Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 142-146 (le juge Bastarache) et par. 48 (la juge en chef McLachlin et le juge Major).

[5] Or, l’art. 239 oblige tout « commanditaire » de « publicité électorale » à s’inscrire :

[TRADUCTION]

#### **Inscription obligatoire du commanditaire de publicité électorale**

**239** (1) Sous réserve du paragraphe (2), il est interdit au particulier ou à l’organisation qui n’est pas inscrit sous le régime de la présente section de commander de la publicité électorale.

(2) Un candidat, un parti politique inscrit ou une association de circonscription inscrite n’a pas à s’inscrire à titre de commanditaire lorsque le particulier ou l’organisation est tenu de déposer un rapport sur le financement électorale qui fait état de la publicité électorale à titre de dépense électorale.

(3) Le particulier ou l’organisation inscrit ou tenu de s’inscrire à titre de commanditaire est indépendant d’un parti politique inscrit, d’une organisation de circonscription inscrite, d’un candidat, de l’agent d’un candidat ou d’un agent financier et s’abstient de commander de la publicité électorale pour leur compte ou de concert avec l’un d’eux.

[6] L’article 240 fait état du processus d’inscription :

[TRADUCTION]

#### **Inscription auprès du directeur général des élections**

- 240** (1) An individual or organization who wishes to become a registered sponsor must file an application in accordance with this section with the chief electoral officer.
- (2) An application must include the following:
- (a) the full name of the applicant and, in the case of an applicant organization that has a different usual name, this usual name;
  - (b) the full address of the applicant;
  - (c) in the case of an applicant organization, the names of the principal officers of the organization or, if there are no principal officers, of the principal members of the organization;
  - (d) an address at which notices and communications under this Act and other communications will be accepted as served on or otherwise delivered to the individual or organization;
  - (e) a telephone number at which the applicant can be contacted;
  - (f) any other information required by regulation to be included.
- (3) An application must
- (a) be signed, as applicable, by the individual applicant or, in the case of an applicant organization, by 2 principal officers of the organization or, if there are no principal officers, by 2 principal members of the organization, and
  - (b) be accompanied by a signed statement of an individual who signed the application under paragraph (a) that the applicant
    - (i) is not prohibited from being registered by section 247, and
    - (ii) does not intend to sponsor election advertising for any purpose related to circumventing the provisions of this Act limiting the value of election expenses that may be incurred by a candidate or registered political party.
- (4) The chief electoral officer may require applications to be in a specified form.
- 240** (1) Le particulier ou l'organisation qui souhaite s'inscrire à titre de commanditaire dépose une demande auprès du directeur général des élections conformément au présent article.
- (2) La demande renferme les renseignements suivants :
- (a) le nom complet de l'auteur de la demande et, dans le cas d'une organisation possédant un nom usuel différent, ce nom;
  - (b) l'adresse complète de l'auteur de la demande;
  - (c) dans le cas d'une demande présentée par une organisation, le nom de ses dirigeants principaux ou, à défaut, de ses membres principaux;
  - (d) l'adresse à laquelle les avis et les communications prévus par la présente loi et les autres communications pourront être valablement signifiés ou remis d'une autre façon à l'auteur de la demande;
  - (e) un numéro de téléphone auquel l'auteur de la demande peut être joint;
  - (f) tout autre renseignement prescrit par règlement.
- (3) La demande :
- (a) est signée, selon le cas, par le particulier qui en est l'auteur ou, dans le cas d'une organisation, par deux (2) de ses dirigeants principaux ou, à défaut, par deux de ses membres principaux;
  - (b) est accompagnée d'une déclaration signée de la personne signataire de la demande au titre de l'alinéa (a) selon laquelle l'auteur de la demande:
    - (i) n'est pas inadmissible à l'inscription par application de l'article 247;
    - (ii) n'entend pas commanditer de la publicité électorale dans le but de contourner les dispositions de la présente loi qui plafonnent les dépenses électorales que peut engager un candidat ou un parti politique inscrit.
- (4) Le directeur général des élections peut exiger que la demande soit présentée sous une forme particulière.

(5) As soon as practicable after receiving an application, if satisfied that the requirements of this section are met by an applicant, the chief electoral officer must register the applicant as a registered sponsor in the register maintained by the chief electoral officer for this purpose.

(6) If there is any change in the information referred to in subsection (2) for a registered sponsor, the sponsor must file with the chief electoral officer written notice of the change within 30 days after it occurs.

(7) A notice or other communication that is required or authorized under this Act to be given to a sponsor is deemed to have been given if it is delivered to the applicable address filed under this section with the chief electoral officer.

[7] Section 228 defines “election advertising”:

### Election advertising

**228** For the purposes of this Act:

. . .

“**election advertising**” means the transmission to the public by any means, during the campaign period, of an advertising message that promotes or opposes, directly or indirectly, a registered political party or the election of a candidate, including an advertising message that takes a position on an issue with which a registered political party or candidate is associated, but does not include

(a) the publication without charge of news, an editorial, an interview, a column, a letter, a debate, a speech or a commentary in a bona fide periodical publication or a radio or television program,

(b) the distribution of a book, or the promotion of the sale of a book, for no less than its commercial value, if the book was planned to be made available to the public regardless of whether there was to be an election,

(c) the transmission of a document directly by a person or a group to their members, employees or shareholders, or

(5) Dès que les circonstances le permettent après la réception d’une demande et s’il est convaincu que celle-ci satisfait aux exigences du présent article, le directeur général des élections inscrit l’auteur de la demande à titre de commanditaire inscrit dans le registre qu’il tient à cette fin.

(6) Le commanditaire inscrit dépose auprès du directeur général des élections un avis écrit de toute modification d’un renseignement le concernant mentionné au paragraphe (2) au plus trente (30) jours après celle-ci.

(7) Les avis et les autres communications exigés ou autorisés sous le régime de la présente loi sont réputés être parvenus au commanditaire lorsqu’ils sont livrés à l’adresse communiquée au directeur général des élections conformément au présent article.

[7] L’article 228 définit la publicité électorale (« *election advertising* ») comme suit :

[TRADUCTION]

### Publicité électorale

**228** Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi :

. . .

« **publicité électorale** » La diffusion par quelque moyen que ce soit au cours de la campagne électorale d’un message publicitaire favorable ou défavorable, même indirectement, à un parti politique inscrit ou à l’élection d’un candidat, y compris un message publicitaire qui prend position sur une question à laquelle est associé un parti politique inscrit ou un candidat, mais pas ce qui suit :

(a) la publication gratuite d’une nouvelle, d’un éditorial, d’une entrevue, d’une chronique, d’une lettre, d’un débat, d’un discours ou d’un commentaire dans un périodique authentique ou une émission de radio ou de télévision;

(b) la distribution d’un ouvrage ou la promotion de sa vente à un prix non inférieur à sa valeur commerciale, à condition que la mise en vente ait été planifiée sans égard à la tenue d’une élection;

(c) l’envoi d’un document par une personne ou par un groupe directement à ses membres, à ses employés ou à ses actionnaires;

(d) the transmission by an individual, on a non-commercial basis on the internet, or by telephone or text messaging, of his or her personal political views;

[8] Section 229(1) defines the concept of sponsorship:

### Sponsorship of election advertising

**229** (1) For the purposes of this Part, the sponsor of election advertising is whichever of the following is applicable:

(a) the individual or organization who pays for the election advertising to be conducted;

(b) if the services of conducting the advertising are provided without charge as a contribution, the individual or organization to whom the services are provided as a contribution;

(c) if the individual or organization that is the sponsor within the meaning of paragraph (a) or (b) is acting on behalf of another individual or organization, the other individual or organization.

[9] The Act also imposes an attribution requirement, which requires all election advertising to identify the name and telephone number or mailing address of its sponsor: s. 231(1). This attribution requirement applies regardless of whether the sponsor is subject to the registration requirement in s. 239, but does not apply to “classes of election advertising that may reasonably be considered clothing, a novelty item or an item intended for personal use” that are exempted by regulation: s. 283(m.1); see also s. 231(2). British Columbia’s Chief Electoral Officer has accordingly exempted from the attribution requirement “clothing”, “novelty items, including wearable novelty items such as buttons, badges, wrist bands and necklaces”, and “small items of nominal value that are intended for personal use”: *Election Advertising Regulation*, B.C. Reg. 329/2008, s. 2.

(d) la diffusion non commerciale par un particulier de ses opinions politiques personnelles par Internet, téléphone ou message texte;

[8] Le paragraphe 229(1) définit la notion de commandite :

[TRADUCTION]

### Commanditaire de publicité électorale

**229** (1) Pour l’application de la présente partie, le commanditaire d’une publicité électorale est, selon le cas :

(a) le particulier ou l’organisation qui supporte le coût de la réalisation d’une publicité électorale;

(b) le particulier ou l’organisation qui se voit offrir gratuitement les services de réalisation d’une publicité à titre de contribution;

(c) le particulier ou l’organisation au nom duquel agit le commanditaire au sens des alinéas (a) ou (b).

[9] La Loi prévoit que toute publicité électorale indique le nom, ainsi que le numéro de téléphone ou l’adresse postale du commanditaire (par. 231(1)). Cette obligation vaut indépendamment de l’assujettissement du commanditaire à l’obligation de s’inscrire que prévoit l’art. 239, mais elle ne vaut pas pour les [TRADUCTION] « formes de publicité électorale qui peuvent normalement être considérées comme des vêtements, des articles de fantaisie ou des articles destinés à l’usage personnel », lesquelles y sont soustraites par règlement (al. 283(m.1); voir également par. 231(2)). Le directeur général des élections de la Colombie-Britannique soustrait ainsi à l’obligation d’identification du commanditaire [TRADUCTION] « les vêtements », « les articles de fantaisie, y compris les articles qui se portent, comme les macarons, les insignes, les bracelets et les colliers », ainsi que les « petits articles de faible valeur qui sont destinés à l’usage personnel » (*Election Advertising Regulation*, B.C. Reg. 329/2008, art. 2).

## II. Facts and Judicial History

[10] The appellant, the B.C. Freedom of Information and Privacy Association, is a non-profit society based in Vancouver. It engages in public advocacy in respect of freedom of information and privacy rights.

[11] In 2009 and 2013, the appellant sponsored election advertising within the meaning of the Act. It was therefore subject to the impugned registration requirement in s. 239.

[12] The appellant sought a declaration that the registration requirement, to the extent that it applies to sponsors of election advertising who spend less than \$500 in a given campaign period, infringes s. 2(b) of the *Charter*, is not saved by s. 1, and is therefore of no force and effect. The appellant conceded that anyone who spends more than \$500 on election advertising can be compelled to register: *Harper*. It argued, however, that persons whose expenditures fall below that threshold should not be compelled to register.

[13] The trial judge, Cohen J., dismissed the appellant's application: 2014 BCSC 660, 308 C.R.R. (2d) 12. He accepted the Attorney General of British Columbia's concession that s. 239 of the Act was an infringement of the right of free expression under s. 2(b) of the *Charter*, but concluded that the infringement was justified under s. 1. A majority of the Court of Appeal (per Newbury J.A., Lowry J.A. concurring) reached the same conclusion: 2015 BCCA 172, 371 B.C.A.C. 65.

[14] Saunders J.A. dissented. She would have held that, as applied to small-scale election advertisers — “[t]hose with bumper stickers on vehicles expressing views on environmental or economic matters, those who place signs in home windows or signs on their property expressing support for or disputing a proposal or initiative, and those with picket signs or other messages advancing a point of view on a public issue” (C.A. reasons, at para. 68) — the infringement of the s. 2(b) right did not meet the test

## II. Faits et décisions des juridictions inférieures

[10] L'appelante, B.C. Freedom of Information and Privacy Association, est une société à but non lucratif dont le siège est situé à Vancouver. Elle se consacre à la défense des intérêts du public en matière d'accès à l'information et de protection de la vie privée.

[11] En 2009 et 2013, l'appelante a commandité de la publicité électorale au sens de la Loi. Elle était donc assujettie à l'obligation de s'inscrire auprès du directeur général des élections que prévoit l'art. 239.

[12] L'appelante a sollicité un jugement déclarant que, dans la mesure où elle s'applique au commanditaire de publicité électorale qui dépense moins de 500 \$ au cours d'une campagne électorale, l'obligation de s'inscrire porte atteinte au droit garanti à l'al. 2b) de la *Charte*, n'est pas justifiée au sens de l'article premier et est donc inopérante. L'appelante reconnaissait que toute personne qui dépense 500 \$ ou plus en publicité électorale peut être contrainte de s'inscrire (*Harper*). Cependant, elle faisait valoir que la personne dont les dépenses sont inférieures à ce montant ne doit pas y être tenue.

[13] En première instance, le juge Cohen rejette la demande (2014 BCSC 660, 308 C.R.R. (2d) 12). Il prend acte de la concession du procureur général de la Colombie-Britannique selon laquelle l'art. 239 de la Loi porte atteinte au droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte*, mais conclut que l'atteinte est justifiée au sens de l'article premier. Les juges majoritaires de la Cour d'appel (sous la plume de la juge Newbury, avec l'appui du juge Lowry) arrivent à la même conclusion (2015 BCCA 172, 371 B.C.A.C. 65).

[14] Dissidente, la juge Saunders est d'avis que, dans le cas d'une publicité électorale à petite échelle — [TRADUCTION] « l'apposition sur le pare-chocs de son véhicule d'un autocollant exprimant une opinion sur un enjeu environnemental ou économique, l'apposition d'une affiche à sa fenêtre ou l'installation d'un écriteau sur son terrain pour exprimer son appui ou son opposition à une proposition ou à un projet ou le brandissement d'une pancarte ou d'un autre objet pour véhiculer un message sur un sujet

of “compelling justification” required to justify a limitation on political speech: para. 67. She held that the impugned provision would have a chilling effect on “small and independent voices” (para. 59), particularly those who would struggle to comply with the administrative burden of the registration requirement and those who, “for reasons of personal security, will not register their addresses in a public record”: para. 69. For these individuals, in her view, the registration requirement would function as a “complete barrier” to political expression: *ibid.* Saunders J.A. distinguished *Harper* on this basis; in the absence of an exception for “inexpensive signage” (para. 71) — like the \$500 expenditure threshold for registration in the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, s. 353(1) — “the advantage to the public interest inherent in the registration requirement for signage of the nature I have discussed is not so great as to overcome the consequent serious infringement of freedom of expression”: *ibid.*

### III. Analysis

[15] The registration requirement in s. 239 of the British Columbia *Election Act* provides that “an individual or organization who is not registered . . . must not sponsor election advertising”. By requiring “sponsors” to register before engaging in “election advertising”, it limits their s. 2(b) right of free expression.

[16] Political expression “lies at the core of the [Charter’s] guarantee of free expression”: *Harper*, para. 1, per McLachlin C.J. and Major J.; see also *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 29; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at pp. 752-53, per McLachlin J.; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 763-64, per Dickson C.J.; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56, per Wilson J. Limitations on such speech, to be justified under s. 1 of the *Charter*, “must be supported by a clear and convincing demonstration that they are necessary, do not go too far, and enhance more than

d’intérêt public » (motifs de la C.A., par. 68) — l’atteinte au droit garanti à l’al. 2b) ne satisfait pas au critère de la « justification convaincante » de la restriction de la liberté d’expression politique (par. 67). Elle estime que la disposition attaquée aura un effet paralysant sur les « petites voix indépendantes » (par. 59), en particulier celles qui auront de la difficulté à se conformer à l’obligation de s’inscrire selon les modalités établies par l’Administration et celles qui, « pour des raisons de sécurité personnelle, refuseront d’inscrire leur adresse dans un registre public » (par. 69). Selon la juge Saunders, l’obligation de s’inscrire fera dans les faits « totalement obstacle » à la liberté d’expression politique de ces personnes (*ibid.*). C’est pourquoi elle établit une distinction d’avec l’arrêt *Harper*; sans une exception pour « l’affichage peu coûteux » (par. 71) — comme le plafonnement des dépenses à 500 \$ dans la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, c. 9, par. 353(1) — « l’avantage que présente pour le public l’obligation de s’inscrire dans le cas des formes d’affichage dont j’ai fait mention n’est pas important au point de supplanter l’atteinte grave à la liberté d’expression qui en découle » (*ibid.*).

### III. Analyse

[15] L’article 239 de l’*Election Act* de la Colombie-Britannique [TRADUCTION] « interdit au particulier ou à l’organisation qui n’est pas inscrit [. . .] de commanditer de la publicité électorale ». En exigeant du « commanditaire » qu’il s’inscrive avant de faire de la « publicité électorale », la disposition restreint son droit à la liberté d’expression garanti à l’al. 2b).

[16] La liberté d’expression politique « représente un aspect fondamental de la liberté d’expression garantie par la [Charte] » (*Harper*, par. 1 (la juge en chef McLachlin et le juge Major); voir également *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 29; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 752-753 (la juge McLachlin); *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 763-764 (le juge en chef Dickson); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1355-1356 (la juge Wilson)). Pour que les mesures de restriction de cette liberté d’expression soient justifiées au sens de l’article premier de la *Charte*, « il doit être démontré



harm the democratic process”: *Harper*, at para. 21, per McLachlin C.J. and Major J.; see also *Libman*, at para. 28, quoting *Edmonton Journal*, at p. 1336, per Cory J.

[17] The first step is to determine the scope and nature of the limitation on free expression that the law imposes. Having determined the scope and nature of the limitation, the second step is to determine whether it has been shown to be reasonable and demonstrably justified, under s. 1 of the *Charter*.

[18] In this case, the parties part company at the first step. They disagree on the scope of the expressive activity caught by s. 239, which provides that “an individual or organization who is not registered . . . must not sponsor election advertising”. We must therefore establish what it means to be a “sponsor” of “election advertising”.

A. *What Is the Scope and Nature of the Infringement of Section 2(b)?*

[19] The courts below did not turn their attention to the first step of the constitutional analysis — that is, determining the scope and nature of the limitation on free expression that the registration requirement in s. 239 imposes. Both the trial judge and the Court of Appeal accepted as correct the Chief Electoral Officer’s interpretation of the provision, as set out in a 2010 report to the legislature:

Election advertising rules do not distinguish between those sponsors conducting full media campaigns and individuals who post handwritten signs in their apartment windows. The *Election Act* does not establish a threshold for registration, resulting in all advertising sponsors being required to register and display disclosure information — including individuals with a simple hand-made sign in their window.

(“Report of the Chief Electoral Officer on Recommendations for Legislative Change” (April 2010)

de manière claire et convaincante [qu’elles] sont nécessaires, qu’elles ne vont pas trop loin et qu’elles ont pour effet non pas d’affaiblir le processus démocratique mais bien plutôt de le renforcer » (*Harper*, par. 21 (la juge en chef McLachlin et le juge Major); voir également *Libman*, par. 28, citant *Edmonton Journal*, p. 1336 (le juge Cory)).

[17] La première étape consiste à déterminer la portée et la nature de la restriction que la loi apporte à la liberté d’expression. La seconde est de se demander si la preuve permet de conclure que la restriction est raisonnable et justifiée conformément à l’article premier de la *Charte*.

[18] Dans la présente affaire, les parties divergent d’opinion dès la première étape. Elles ne s’entendent pas sur la portée de l’activité expressive visée à l’art. 239, lequel [TRADUCTION] « interdit au particulier ou à l’organisation qui n’est pas inscrit [. . .] de commanditer de la publicité électorale ». Il nous faut donc déterminer ce que signifie être « commanditaire » de « publicité électorale ».

A. *Quelles sont la portée et la nature de l’atteinte à l’al. 2b)?*

[19] Les juridictions inférieures ont sauté la première étape de l’analyse constitutionnelle, à savoir déterminer la portée et la nature de la restriction de la liberté d’expression qui découle de l’obligation de s’inscrire énoncée à l’art. 239. Tant le juge de première instance que la Cour d’appel tiennent pour valable l’interprétation de la disposition du directeur général des élections dans le rapport qu’il a déposé à l’Assemblée législative en 2010 :

[TRADUCTION] Les règles relatives à la publicité électorale ne font pas la distinction entre le commanditaire qui réalise une campagne médiatique de grande envergure et la personne qui appose une affiche faite main à sa fenêtre. L’*Election Act* ne fixe aucun seuil, de sorte que tout commanditaire de publicité est tenu de s’inscrire et de communiquer les informations requises par la Loi, y compris la personne qui appose une simple affiche faite main à sa fenêtre.

(« Report of the Chief Electoral Officer on Recommendations for Legislative Change » (avril 2010)

(online), at p. 16; see trial reasons, at para. 88; C.A. reasons, at para. 22.)

This report, which the appellant introduced as evidence at first instance, supports the view that s. 239’s registration requirement applies to essentially all “election advertising”, as that term is defined in s. 228. An individual who posts a handmade sign in her window is, on this interpretation, a “sponsor” of that advertising within the meaning of s. 239.

[20] Saunders J.A.’s concern with the impugned provision’s effect on “small and independent voices” is predicated on this assumption. So, too, is this appeal. The appellant submits that “the infringement in this case . . . is the law’s impact *on small spenders*” (emphasis in original). If s. 239 does not limit expression as broadly as the appellant contends — if individuals who display handmade signs in their windows, place bumper stickers on their cars, or wear T-shirts with political messages on them are not subject to the Act’s registration requirement — then the appeal fails.

[21] I conclude that, properly interpreted, s. 239 does not catch the categories of expression upon which the appellant relies. This follows from the application of our long-accepted approach to statutory interpretation, namely 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”: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, quoting both E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, and *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. In this case, each of these considerations indicates that s. 239 is directed only at those who undertake organized advertising campaigns — that is, “sponsors” who either pay for advertising services or who receive those services without charge

(en ligne), p. 16; voir les motifs de première instance, par. 88, et les motifs de la C.A., par. 22.)

Déposé en preuve par l’appelante en première instance, ce rapport appuie la thèse selon laquelle l’obligation de s’inscrire prévue à l’art. 239 vaut essentiellement pour toute « publicité électorale » au sens de l’art. 228; ainsi, suivant cette interprétation, la personne qui appose à sa fenêtre une affiche faite main est un « commanditaire » au sens de l’art. 239.

[20] L’appréhension de la juge Saunders quant aux conséquences de la disposition en cause sur les [TRADUCTION] « petites voix indépendantes » prend appui sur ce postulat, tout comme la thèse que défend l’appelante en l’espèce. Cette dernière soutient en effet que [TRADUCTION] « l’atteinte réside en l’occurrence [. . .] dans les répercussions de la loi sur *ceux qui dépensent peu* » (en italique dans l’original). Le pourvoi doit donc être rejeté si l’art. 239 ne restreint pas la liberté d’expression d’une façon aussi importante que le soutient l’appelante, soit en d’autres termes si le particulier qui appose une affiche faite main à sa fenêtre ou un autocollant au pare-chocs de sa voiture ou qui porte un tee-shirt aux couleurs de ses opinions politiques n’est pas assujéti à l’obligation de s’inscrire prévue par la Loi.

[21] Interprété correctement, l’art. 239 n’englobe pas selon moi les types d’expression invoqués par l’appelante. Je m’en remets à la méthode que privilégie notre Cour depuis longtemps en matière d’interprétation législative, à savoir « [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’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87, et *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). Dans la présente affaire, chacun de ces éléments donne à penser que seule tombe sous le coup de l’art. 239 la personne qui entreprend une campagne de publicité organisée, c’est-à-dire le « commanditaire » qui supporte le coût de services de publicité ou

as a contribution. In no case does the registration requirement apply to those engaged in individual self-expression.

(1) The Words and Scheme of the Act

[22] Section 239(1) of the Act provides that “an individual or organization who is not registered under this Division must not sponsor election advertising”. The registration requirement is thus directed at a specific activity — the sponsorship of election advertising.

[23] “Election advertising” is broadly defined in s. 228 as “the transmission to the public by any means, during the campaign period, of an advertising message that promotes or opposes, directly or indirectly, a registered political party or the election of a candidate”. This is broad enough to cover the individual expression of a political message by, for example, placing a handmade sign in a window or a bumper sticker on a car, or by wearing a T-shirt with a political message on it. Such activities may “promot[e] or oppos[e], directly or indirectly, a registered political party or the election of a candidate”, particularly since s. 228 includes in this category the transmission of “advertising message[s] that tak[e] a position on an issue with which a registered political party or candidate is associated”. Nor do handmade signs, bumper stickers, or T-shirts fall within any of the exclusions from the definition of “election advertising” set out in s. 228.

[24] However, s. 239 of the Act limits the registration requirement by requiring registration only by individuals or organizations who “sponsor election advertising”. The ordinary meaning of “sponsor” does not suggest a person engaged in individual self-expression, but rather a person or group that is undertaking or “sponsoring” an organized campaign. A “sponsor” is “a person or group that promotes another person or group in an activity or the activity itself, either for profit or for charity”: *Collins*

qui obtient gratuitement de tels services à titre de contribution. L’obligation de s’inscrire ne vise jamais la personne qui ne fait que s’exprimer à titre personnel.

(1) Le libellé et l’économie de la Loi

[22] Le paragraphe 239(1) de la Loi [TRADUCTION] « interdit au particulier ou à l’organisation qui n’est pas inscrit sous le régime de la présente section de commanditer de la publicité électorale ». L’obligation de s’inscrire vaut donc pour une activité précise, à savoir commanditer de la publicité électorale.

[23] L’article 228 définit la [TRADUCTION] « publicité électorale » de manière large : « [L]a diffusion par quelque moyen que ce soit au cours de la campagne électorale d’un message publicitaire favorable ou défavorable, même indirectement, à un parti politique inscrit ou à l’élection d’un candidat ». L’énoncé est suffisamment général pour englober l’expression individuelle d’un message politique comme l’apposition d’une affiche faite main à une fenêtre ou d’un autocollant au pare-chocs d’une voiture ou le port d’un tee-shirt sur lequel est inscrit un message politique. Ces actes peuvent être « favorable[s] ou défavorable[s], même indirectement, à un parti politique inscrit ou à l’élection d’un candidat », d’autant plus que l’art. 228 englobe dans les actes visés la diffusion d’un « message publicitaire qui prend position sur une question à laquelle est associé un parti politique inscrit ou un candidat ». L’affiche faite main, l’autocollant et le tee-shirt ne correspondent pas non plus à l’une ou l’autre des exceptions prévues par la définition de « publicité électorale » à l’art. 228.

[24] Cependant, l’art. 239 de la Loi circonscrit l’obligation de s’inscrire de manière qu’elle s’applique seulement au particulier ou à l’organisation qui [TRADUCTION] « commandit[e] de la publicité électorale ». Suivant son sens ordinaire, le mot « commanditaire » ne s’entend pas d’une personne qui s’exprime à titre personnel, mais plutôt d’une personne ou d’un groupe qui entreprend une campagne organisée ou qui en « commandite » une. Un « commanditaire » est [TRADUCTION] « une personne ou un groupe qui

*Canadian Dictionary* (2010), at p. 911 (emphasis added). One cannot be a “sponsor” in perfect isolation.

[25] The Act’s use of the word “sponsor” reflects its ordinary meaning. Section 229(1) defines “the sponsor of election advertising” as “the individual or organization who pays for the election advertising to be conducted” (s. 229(1)(a)) or, “if the services of conducting the advertising are provided without charge as a contribution, the individual or organization to whom the services are provided as a contribution”: s. 229(1)(b). A person who displays a handmade sign in her window or a bumper sticker on her car does not “pa[y] for . . . election advertising to be conducted” in any ordinary sense of those words. No money changes hands. Nor can she be described as an individual to whom advertising “services” have been provided “without charge as a contribution”.

[26] Under the Act’s definition, an individual or organization cannot “sponsor” election advertising without either “pay[ing] for the election advertising to be conducted” (s. 229(1)(a)) or being “provided without charge” the “services of conducting the advertising”: s. 229(1)(b). The alternative definitions in s. 229(1)(a) and (b) describe the same activity — in each case, someone is the “sponsor” and someone else “conduct[s]” the advertising. The only difference is that, in the first case, the sponsor pays for the election advertising, while in the second case the sponsor receives the services without charge. Whether the individual or group pays for that service (s. 229(1)(a)) or receives it without charge (s. 229(1)(b)), there must be a service provided for the individual or group to fall within the Act’s definition of “sponsor”. Sponsorship necessarily involves at least two people — the person providing the service (whether for money or without charge) and the sponsor. A person who posts a handmade sign in her window, or puts a bumper sticker on her car, or wears a T-shirt with a political message on

fait la promotion d’une autre personne ou d’un autre groupe dans le cadre d’une activité ou qui promeut l’activité comme telle, que ce soit dans un but de lucre ou de bienfaisance » (« *sponsor* ») (*Collins Canadian Dictionary* (2010), p. 911 (je souligne)). Il ne peut y avoir de « commanditaire » sans une autre personne ou un autre groupe.

[25] La Loi emploie le mot « commanditaire » (« *sponsor* ») dans son sens ordinaire. Suivant le par. 229(1), « commanditaire de publicité électorale » s’entend du [TRADUCTION] « particulier ou [de] l’organisation qui supporte le coût de la réalisation d’une publicité électorale » (al. 229(1)(a)) ou du « particulier ou [de] l’organisation qui se voit offrir gratuitement les services [. . .] à titre de contribution » (al. 229(1)(b)). La personne qui appose une affiche faite main à sa fenêtre ou un autocollant au pare-chocs de sa voiture n’est pas une personne qui « supporte le coût de la réalisation d’une publicité électorale » au sens ordinaire de ces mots. Aucune somme d’argent n’est versée d’une personne à une autre. Il ne s’agit pas non plus d’un particulier qui se voit offrir « gratuitement [d]es services [de publicité] à titre de contribution ».

[26] Selon la définition de la Loi, un particulier ou une organisation ne peut « commanditer » de la publicité électorale sans [TRADUCTION] « supporte[r] le coût de la réalisation d’une publicité électorale » (al. 229(1)(a)) ou sans se voir « offrir gratuitement les services de réalisation d’une publicité à titre de contribution » (al. 229(1)(b)). Ces définitions correspondent à une même activité : dans chaque cas, une personne est le « commanditaire » de la publicité, tandis qu’une autre la « réalise ». La seule différence réside dans le fait que, dans le premier cas, le commanditaire supporte le coût de la publicité électorale alors que, dans le second, il obtient les services gratuitement. Que le particulier ou le groupe supporte le coût du service (al. 229(1)(a)) ou qu’il l’obtienne gratuitement à titre de contribution (al. 229(1)(b)), un service doit être fourni pour que le particulier ou le groupe constitue un « commanditaire » au sens de la Loi. La commandite suppose forcément la participation d’au moins deux personnes, celle qui fournit le service (à titre onéreux ou gratuit) et le commanditaire. La personne

it, is neither paying for nor receiving the service of conducting advertising. She is not receiving a service from someone else, and thus is not a “sponsor” under the Act.

[27] I note that s. 228 of the *Election Act* defines “contribution” as “a contribution of money provided to a sponsor of election advertising, whether given before or after the individual or organization acts as a sponsor”. This is in tension with s. 229(1)(b), which states that an individual or organization who receives the “services of conducting . . . advertising” from another individual or organization “without charge as a contribution” is the “sponsor” of that election advertising.<sup>1</sup> It is clear, in any case, that more than one individual must be involved, whether the advertising services are paid for or received without charge.

[28] The statutory scheme provides further support for the view that the Act’s registration requirement does not catch individual expression on election issues.

[29] Section 228 defines “value of election advertising” as:

(a) the price paid for preparing and conducting the election advertising, or

(b) the market value of preparing and conducting the election advertising, if no price is paid or if the price paid is lower than the market value.

[30] Like its definition of “sponsor of election advertising”, the Act’s definition of “value of election advertising” indicates that election advertising must

<sup>1</sup> The tension between the two provisions is something the legislature may wish to address.

qui appose une affiche faite main à sa fenêtre ou un autocollant au pare-chocs de sa voiture ou qui porte un tee-shirt sur lequel est inscrit un message politique ne supporte pas le coût de la réalisation d’une publicité électorale, ni n’obtient les services de réalisation de la publicité. Elle n’obtient pas un service d’une autre personne et n’est donc pas un « commanditaire » au sens de la Loi.

[27] Je remarque que, suivant l’art. 228 de l’*Election Act*, la « contribution » s’entend d’une [TRADUCTION] « somme d’argent versée au commanditaire d’une publicité électorale avant ou après que le particulier ou l’organisation n’exerce la fonction de commanditaire ». Cette définition entre en conflit avec l’al. 229(1)(b) selon lequel le particulier ou l’organisation qui se voit offrir « gratuitement les services de réalisation d’une publicité » par un autre particulier ou une autre organisation « à titre de contribution » est le « commanditaire » de cette publicité électorale<sup>1</sup>. Quoi qu’il en soit, il est certain que plus d’un particulier doit entrer en scène, que le coût des services de publicité soit supporté ou que les services soient obtenus gratuitement.

[28] L’économie de la Loi étaye par ailleurs la thèse selon laquelle l’expression personnelle sur un enjeu électoral n’entraîne pas l’obligation de s’inscrire.

[29] L’article 228 définit comme suit la [TRADUCTION] « valeur de la publicité électorale » :

[TRADUCTION]

(a) Soit le prix payé pour la conception et la réalisation de la publicité électorale;

(b) soit la valeur marchande de la conception et de la réalisation de la publicité électorale lorsque aucun prix n’est payé ou que le prix payé est inférieur à la valeur marchande.

[30] Il appert de la définition de la « valeur de la publicité électorale », comme de celle du « commanditaire [de] publicité électorale », toutes deux

<sup>1</sup> Le législateur devrait peut-être se pencher sur ce conflit entre les deux dispositions.

either be conducted at a sponsor's expense or else be provided to the sponsor without charge. Further, "preparing and conducting the election advertising" must have a "price paid" that can be assessed in relation to — and, in some circumstances, can be "lower than" — its "market value". The "value of election advertising", thus defined, determines whether the sponsor must file a disclosure report in accordance with ss. 244 and 245. It is also measured against the advertising limits in s. 235.1. The Act contemplates that, to be subject to these requirements, a sponsor will have either paid a price for or received without charge the services of preparing and conducting election advertising, and that these services will have a market value against which the price paid for them may be measured. The definition of "sponsor" in s. 229(1) can and should be read harmoniously with this description. Sponsorship cannot be a solitary endeavour.

[31] I therefore conclude that the words of ss. 228, 229 and 239 do not support the interpretation given to them by the appellant, British Columbia's Chief Electoral Officer, or the courts below. The words of the Act, read in their grammatical and ordinary sense and harmoniously with the statutory scheme, limit the registration requirement to "sponsors" — i.e., individuals and organizations who receive advertising services from others in undertaking election advertising campaigns. The Act uses the concept of sponsorship to exempt an entire class of political expression — namely, election advertising that is not sponsored — from the registration requirement. Individuals who neither pay others to advertise nor receive advertising services without charge are not "sponsors". They may transmit their own points of view, whether by posting a handmade sign in a window, or putting a bumper sticker on a car, or wearing a T-shirt with a message on it, without registering.

prévues par la Loi, que la publicité électorale doit soit être réalisée aux frais du commanditaire, soit être offerte gratuitement à ce dernier. En outre, « la conception et la réalisation de la publicité électorale » doivent avoir un « prix payé », parfois inférieur à la « valeur marchande », susceptible d'être évalué par rapport à cette valeur marchande. Ainsi définie, la « valeur de la publicité électorale » constitue le critère d'assujettissement à l'obligation de déposer le rapport que prévoient les art. 244 et 245. Cette valeur devra par ailleurs respecter le plafond des dépenses publicitaires prévu à l'art. 235.1. Pour que ces dispositions entrent en jeu, le commanditaire aura soit payé le prix des services de conception et de réalisation de la publicité électorale, soit obtenu gratuitement ces services, et ces services auront une valeur marchande à laquelle le prix payé pourra être comparé. La définition de « commanditaire » figurant au par. 229(1) peut et devrait être interprétée d'une manière qui se concilie avec cet énoncé. La commandite ne peut être une entreprise solitaire.

[31] Je conclus donc que le libellé des art. 228, 229 et 239 n'appuie pas l'interprétation que préconisent l'appelante, le directeur général des élections de la Colombie-Britannique ou les juridictions inférieures. Suivant son sens ordinaire et grammatical et selon une interprétation qui s'harmonise avec le régime législatif, le libellé de la Loi n'impose l'obligation de s'inscrire qu'au « commanditaire », c'est-à-dire le particulier ou l'organisation qui obtient des services de publicité d'un tiers dans le cadre d'une campagne de publicité électorale. La Loi recourt à la notion de commandite pour soustraire à l'obligation de s'inscrire une catégorie entière d'expressions politiques, en l'occurrence la publicité électorale non commanditée. Le particulier qui ne paie pas un tiers pour qu'il fasse de la publicité et qui n'obtient pas non plus gratuitement des services de publicité n'est pas un « commanditaire ». Il peut, sans s'inscrire, faire connaître son opinion personnelle en apposant une affiche faite main à sa fenêtre ou un autocollant au pare-chocs de sa voiture ou en portant un tee-shirt qui véhicule un message.

(2) The Object of the Act and the Intention of the Legislature

[32] Interpreting s. 239 as imposing a registration requirement only on individuals and organizations who receive services from others in undertaking election advertising campaigns — and who thus “sponsor” election advertising within the meaning of the Act — is consistent with the purpose of the Act and the intention of the British Columbia legislature. Here, history provides helpful context.

[33] The *Election Act*, S.B.C. 1995, c. 51, passed the legislature in 1995. At second reading, the province’s Attorney General described the legislation’s “cornerstones” as “fairness, openness, and accessibility of the electoral process” and declared that “[t]he process is not open if ordinary citizens cannot clearly see what forces influence those who sit in this House representing them”: British Columbia, Legislative Assembly, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, No. 16, 4th Sess., 35th Parl., June 27, 1995, at p. 16240 (emphasis added). With respect to the Act’s third party expenditure limits, he said:

It is obvious that a limit on candidates wouldn’t work very well and wouldn’t be fair if third parties were not limited in their advertising spending as well. Third parties could step in and conduct parallel advertising campaigns that would foster the kind of unfair dominance of the electoral process that we’re trying to correct. Limits on candidate spending in that scenario would be meaningless. [Emphasis added; p. 16241.]

[34] These statements support the conclusion that the purpose of the registration requirement is to allow the public to know who is behind, or “sponsoring”, election advertising. It was intended to require individuals and organizations who “conduct parallel advertising campaigns” — and who can be described as “forces” that “influence” provincial elections — to register, so the public knows who they are. The legislative purpose, at the time of the Act’s enactment, was to allow “ordinary citizens” to “clearly

(2) L’objet de la Loi et l’intention du législateur

[32] Considérer que l’art. 239 n’oblige à s’inscrire que le particulier ou l’organisation qui obtient un service d’un tiers lors d’une campagne de publicité électorale — et qui « commandite » de ce fait de la publicité électorale au sens de la Loi — est conforme à l’objet de celle-ci et à l’intention du législateur de la Colombie-Britannique. Dans la présente affaire, l’historique offre un contexte éclairant.

[33] L’*Election Act*, S.B.C. 1995, c. 51, a été adoptée en 1995. En deuxième lecture, le procureur général de la province a dit que [TRADUCTION] « l’équité, la transparence et l’accessibilité du processus électoral » constituaient l’« assise » du texte législatif et que « [l]e processus ne saurait être transparent si le citoyen ordinaire ne peut bien discerner les forces qui influencent ceux qui siègent à l’assemblée et qui les représentent » (assemblée législative de la Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 21, n° 16, 4<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég. (27 juin 1995), p. 16240 (je souligne)). Au sujet du plafonnement légal des dépenses du tiers, il a ajouté :

[TRADUCTION] Il est évident que le plafonnement des dépenses publicitaires des candidats ne serait ni très efficace ni équitable s’il ne se doublait pas d’un plafonnement des dépenses des tiers. Les tiers pourraient en effet entrer en scène et réaliser des campagnes de publicité parallèles qui favoriseraient, à l’égard du processus électoral, le type de domination indue auquel nous tentons de remédier. Dans ce cas de figure, le plafonnement des dépenses des candidats serait vain. [Je souligne; p. 16241.]

[34] Ces propos étayaient la conclusion voulant que l’obligation de s’inscrire vise à permettre au public de savoir qui est derrière la publicité électorale, qui la « commandite ». Le législateur entendait ainsi contraindre à s’inscrire les particuliers et les organisations qui [TRADUCTION] « réalis[ent] des campagnes de publicité parallèles » — et qui peuvent être qualifiés de « forces qui influencent » une élection provinciale — afin que le public sache qui ils sont. Lorsque la Loi a été édictée, le législateur

see” who is behind the messages they receive during a campaign period, thus promoting informed voting.

[35] The registration requirement was not aimed at curbing the expression of an individual who, in an act of self-expression, places a sign in his window or a bumper sticker on his car, or wears a T-shirt with a political message. The question of who is “behind” or immediately responsible for the content of the message does not — indeed, cannot — arise in such cases. Registration would serve no purpose.

[36] The Act’s legislative history confirms that registration was not intended to be a prerequisite for individual self-expression. From its enactment in 1995 until its amendment in 2002 (*Election Statutes Amendment Act, 2002*, S.B.C. 2002, c. 60), s. 229(1) of the Act referred not only to sponsors of “election advertising”, as it does now, but also to sponsors of “election opinion survey[s]”. It defined the “sponsor of election advertising or an election opinion survey” as either “the individual or organization who pays for the election advertising or election opinion survey to be conducted” or who is “provided” the “services of conducting the advertising or survey . . . without charge as a contribution”. A “sponsor of election advertising” was simply an individual or organization who paid to “conduct” that advertising in the same manner that an individual or organization would pay to “conduct” an opinion survey. Just as, in any ordinary sense, paying for an opinion survey “to be conducted” or receiving “the services of conducting the . . . survey . . . without charge” entails more than asking questions of passersby, so too does paying for election advertising “to be conducted” entail more than handing out campaign literature to those same passersby. Both forms of sponsorship were originally defined together because both were directed at organized campaign activities involving the provision and receipt of services, whether polling services or advertising services. The Act, as enacted, did not seek to catch the person who merely asks survey questions, nor did it intend to include the person who merely hands out flyers — or otherwise engages in

voulait permettre au « citoyen ordinaire [de] bien discerner » qui est derrière les messages qu’il reçoit pendant une campagne électorale, de façon à promouvoir un vote éclairé.

[35] L’obligation de s’inscrire ne vise pas à entraver la liberté d’expression de la personne qui, désireuse d’exprimer son opinion, appose une affiche à sa fenêtre ou un autocollant au pare-chocs de sa voiture ou porte un tee-shirt sur lequel est inscrit un message politique. En pareil cas, la question de savoir qui est « derrière » le message ou qui en est immédiatement responsable ne se pose pas et ne peut en fait se poser. L’inscription n’aurait aucune raison d’être.

[36] L’historique législatif de la Loi confirme que le législateur n’entendait pas faire de l’inscription une condition préalable à l’expression personnelle. Entre son adoption en 1995 et sa modification en 2002 (*Election Statutes Amendment Act, 2002*, S.B.C. 2002, c. 60), le par. 229(1) de la Loi visait non seulement le commanditaire d’une [TRADUCTION] « publicité électorale », comme c’est actuellement le cas, mais aussi le commanditaire d’un « sondage électorale ». Suivant le libellé d’alors, le « commanditaire d’une publicité électorale ou d’un sondage électorale » était « le particulier ou l’organisation qui supporte le coût de la réalisation d’une publicité électorale ou d’un sondage électorale » ou qui « se voit offrir gratuitement les services de réalisation de la publicité ou du sondage à titre de contribution ». Le « commanditaire d’une publicité électorale » était simplement un particulier ou une organisation qui payait pour la « réalisation » de la publicité, à l’instar du particulier ou de l’organisation qui payait pour la « réalisation » d’un sondage d’opinion. Tout comme, suivant le sens ordinaire des mots, celui qui paie pour la « réalisation » d’un sondage d’opinion ou qui obtient « gratuitement les services de réalisation [du] sondage » s’attend habituellement à plus que de simples entretiens avec les passants, celui qui paie pour la réalisation d’une publicité électorale s’attend à plus que la distribution de matériel publicitaire aux passants. Les deux formes de commandite étaient initialement définies de pair, car l’une et l’autre visaient les activités d’une campagne organisée comportant la prestation



individual self-expression. Subsequent deletion of the references to opinion surveys did not change this intention.

[37] This conclusion is buttressed by other since-excised provisions of the Act pertaining to opinion surveys. Section 235(1) formerly required that “an individual or organization who first publishes in British Columbia the results of an election opinion survey” during a campaign period must also publish, among other things, “the name of the sponsor of the survey” and “the name of the individual or organization who conducted the survey”, as well as various information about the survey’s methodology. These publication requirements were struck down as an unjustified infringement of s. 2(b) of the *Charter* in *Pacific Press v. British Columbia (Attorney General)*, 2000 BCSC 248, 73 B.C.L.R. (3d) 264, which led to their repeal by the *Election Statutes Amendment Act, 2002*. Still, the Act, as originally enacted, required the disclosure both of the survey’s sponsor and of the individual or group who conducted it. This indicates that to “sponsor” an election opinion survey would entail having another individual or organization “conduct[t]” it, and that “conduct[ing]” such a survey would involve some discernible methodology. The conclusion that these provisions were directed at organized campaign activities involving the provision and receipt of services is, in my view, inescapable.

[38] In removing references to opinion surveys in 2002, the legislature did not expand the ambit of the definition of “sponsor” in s. 229(1); it remains an individual or organization who pays some other individual or organization to “conduct” election advertising, or who receives “the services of

et l’obtention de services, qu’il s’agisse de réaliser un sondage ou une campagne de publicité. Dans sa version promulguée, la Loi n’était pas censée s’appliquer à la personne qui se contente de poser des questions de la nature de celles qui figurent dans un sondage, de distribuer un dépliant ou de se livrer à quelque autre activité relevant de l’expression personnelle. La suppression subséquente de tout renvoi à la réalisation d’un sondage d’opinion n’a pas modifié l’intention du législateur.

[37] Cette conclusion trouve appui dans d’autres dispositions antérieures de la Loi relatives aux sondages d’opinion aujourd’hui disparues. Ainsi, l’ancien par. 235(1) obligeait [TRADUCTION] « le particulier ou l’organisation qui est le premier à publier en Colombie-Britannique les résultats d’un sondage électoral » au cours d’une période de campagne électorale à publier aussi, notamment, « le nom du commanditaire du sondage » et « le nom du particulier ou de l’organisation qui a réalisé le sondage », ainsi que différentes données sur la méthode de sondage. Dans la décision *Pacific Press c. British Columbia (Attorney General)*, 2000 BCSC 248, 73 B.C.L.R. (3d) 264, cette exigence a été invalidée au motif qu’elle constituait une atteinte non justifiée au droit garanti à l’al. 2b) de la *Charte*, ce qui a entraîné l’abrogation par l’*Election Statutes Amendment Act, 2002* des dispositions qui la prévoyaient. Cela n’enlève rien au fait que, dans sa version initiale, la Loi exigeait que soient révélés tant le nom du commanditaire du sondage que celui du particulier ou du groupe qui l’avait réalisé, ce qui donne à penser que « commanditer » un sondage électoral implique de retenir les services d’un autre particulier ou d’une autre organisation pour le « réaliser » et que « réaliser » un sondage suppose le recours à quelque méthode discernable. Force est de conclure que ces dispositions visaient les activités d’une campagne électorale organisée comprenant la prestation et l’obtention de services.

[38] Lorsqu’il a supprimé le renvoi au sondage d’opinion en 2002, le législateur n’a pas élargi la définition du mot « commanditaire » (« *sponsor* ») au par. 229(1) : il s’agit toujours d’un particulier ou d’une organisation qui paie un autre particulier ou une autre organisation pour qu’il « réalise » une

conducting the advertising . . . without charge” from some other individual or organization. The lone pamphleteer on whose political expression the appellant’s case relies is not included in this description. In my view, considering the text and context of the Act, the legislature never intended otherwise.

### (3) Who Must Register?

[39] For the reasons discussed, I conclude that a “sponsor” required to register is an individual or organization who receives a service from another individual or organization in undertaking an election advertising campaign, whether in exchange for payment or without charge as a contribution. Individuals engaged in political self-expression do not come within the definition of “sponsor” in s. 229(1), and need not register.

[40] The foregoing interpretation limits not only the scope of the Act’s registration requirement, but also of its attribution requirement (s. 231), its disclosure requirement (s. 244) and its expenditure limits (s. 235.1). An individual working entirely on his own, without paying for or receiving any service in the creation or dissemination of election advertising, is not required to comply with any of these provisions of the Act. This is consistent with the legislative purpose of the Act’s third party advertising provisions, which, as I have discussed, is to provide the public with information about those engaged in organized advertising campaigns during an election period, not to put conditions on individual self-expression. When an individual himself distributes handmade flyers, there is no question of who is responsible for that advertising, and so the attribution and disclosure provisions — like the registration requirement — would serve no purpose.

[41] Throughout this action, the Attorney General of British Columbia’s position was consistent with the interpretation of s. 239 that I have put

publicité électorale ou qui obtient d’un autre particulier ou d’une autre organisation [TRADUCTION] « gratuitement les services de réalisation d’une publicité ». La définition n’englobe pas le polémiste isolé dont l’appelante invoque en l’espèce l’expression politique. Compte tenu du texte et du contexte de la Loi, j’estime que l’intention du législateur n’a jamais été autre.

### (3) Qui doit s’inscrire?

[39] Pour les motifs exposés précédemment, je conclus que le « commanditaire » tenu de s’inscrire est le particulier ou l’organisation qui obtient un service d’un autre particulier ou d’une autre organisation dans le cadre d’une campagne de publicité électorale, que ce soit contre paiement ou gratuitement à titre de contribution. Le particulier qui s’exprime politiquement à titre personnel ne tombe pas sous le coup de la définition de « commanditaire » figurant au par. 229(1) et il n’est pas tenu de s’inscrire.

[40] Cette interprétation circonscrit la portée de l’obligation de s’inscrire, mais aussi de celle des obligations d’identification (art. 231) et d’information (art. 244) que prévoit la Loi, et celle du plafonnement des dépenses (art. 235.1). Le particulier qui travaille entièrement seul, sans obtenir un service ou en supporter le coût dans la création ou la diffusion d’une publicité électorale, n’est pas tenu de se conformer à l’une ou l’autre de ces dispositions. Cette interprétation est cohérente avec l’objectif des dispositions de la Loi sur la publicité électorale des tiers qui, je le rappelle, est d’informer le public de l’identité de ceux et de celles qui prennent part à une campagne de publicité organisée pendant une période électorale, et non de limiter l’exercice de la liberté d’expression de chacun. Lorsqu’un particulier distribue son propre tract, la question de savoir qui est responsable de cette publicité ne se pose pas, de sorte que l’application des dispositions sur l’obligation d’identification et d’information, de même que sur l’obligation de s’inscrire, n’a aucune raison d’être.

[41] Depuis le début de l’instance, la thèse du procureur général de la Colombie-Britannique se concilie avec l’interprétation de l’art. 239 que

forward. In its pleadings, it expressly denied the appellant's allegation that s. 239 "forces people to register with a government agency before being able to freely engage in political expression". In its factum, it asserted that "the posting of a hand-made sign in a car window, or the wearing of a hand-made T-shirt . . . are not in fact instances of sponsorship triggering the registration requirement".

[42] It is true that, at one point in oral argument, counsel for the Attorney General of British Columbia appeared to concur in the suggestion that an individual who produces homemade signage containing an advertising message during an election campaign, having paid for the materials with which that signage is produced, could be a "sponsor of election advertising" for the purposes of the Act and subject to the registration requirement in s. 239. The Attorney General's position on the record, however, is clear: s. 239 does not capture the cases of political expression on which the appellant relies.

(4) Conclusion on the Scope and Nature of the Infringement of Section 2(b)

[43] Sponsors of election advertising cannot engage in political expression in the form of sponsored election advertising unless they first register. A "sponsor" is an individual or organization who receives a service from another individual or organization in undertaking an election advertising campaign. As the Attorney General of British Columbia concedes, s. 239 of the British Columbia *Election Act* infringes the right of expression of individuals and organizations who are "sponsors" of election advertising. It does not infringe the right of expression of those who are not.

[44] I acknowledge that, in a close case, whether a particular individual or organization is caught by the Act's definition of "sponsor" may prove difficult to determine. No such case is before us, however. The foregoing is a sufficient basis on which to decide the issue on this appeal — namely, whether

je préconise. Dans sa plaidoirie, il réfute expressément l'allégation de l'appelante selon laquelle l'art. 239 [TRADUCTION] « oblige les gens à s'inscrire auprès d'un organisme gouvernemental avant qu'ils puissent exercer librement leur liberté d'expression politique ». Dans son mémoire, il ajoute que [TRADUCTION] « l'apposition d'une affiche faite main sur la vitre d'une voiture ou le port d'un tee-shirt fabriqué soi-même [. . .] ne constituent pas dans les faits une commandite qui emporte l'obligation de s'inscrire ».

[42] L'avocate du procureur général de la Colombie-Britannique a certes semblé admettre en plaidoirie que la personne qui, lors d'une campagne électorale, fabrique elle-même du matériel publicitaire pourrait être un « commanditaire [de] publicité électorale » au sens de la Loi et devoir s'inscrire conformément à l'art. 239 puisqu'elle supporte le coût de ce sur quoi le message est véhiculé. Toutefois, considérée dans son ensemble, la position du procureur général est claire : l'art. 239 ne vise pas les types d'expression politique invoqués par l'appelante.

(4) Conclusion sur la portée et la nature de l'atteinte à l'al. 2b)

[43] Le « commanditaire » d'une publicité électorale ne peut s'exprimer politiquement au moyen d'une publicité électorale qu'il commandite que s'il s'inscrit au préalable. Il s'agit d'un particulier ou d'une organisation qui obtient un service d'un autre particulier ou d'une autre organisation dans le cadre d'une campagne de publicité électorale. Comme le concède le procureur général de la Colombie-Britannique, l'art. 239 de l'*Election Act* de la Colombie-Britannique porte atteinte au droit à la liberté d'expression du particulier ou de l'organisation qui est un « commanditaire » de publicité électorale, mais non au droit du particulier ou de l'organisation qui n'en est pas un.

[44] Je reconnais que, dans un cas limite, il peut se révéler difficile de savoir si un particulier ou une organisation tombe ou non sous le coup de la définition du « commanditaire » que renferme la Loi. Or, nous n'avons pas affaire à un cas limite. Les éléments qui précèdent offrent une base suffisante

“sponsors” who spend less than \$500 on election advertising during a given campaign period may constitutionally be required to register.

B. *Is the Infringement Justified Under Section 1?*

[45] No one contends that the limit on expression imposed by requiring sponsors of election advertising, as described above, to register would not be justified under s. 1 of the *Charter*. The appellant’s argument that the limit is not justified under s. 1 is predicated on a much broader construction of ss. 229(1) and 239 — one that would limit the free political expression of individuals in the form of handmade signs, bumper stickers, and T-shirts.

[46] Nor does the appellant submit that the registration requirement is unconstitutional with respect to *all* sponsors of election advertising. It is only those sponsors who spend less than \$500 whom the appellant says cannot constitutionally be required to register. The only question, then, is whether the limit on the expression of sponsors who receive services in undertaking election advertising campaigns and who spend less than \$500 is justified under s. 1.

[47] A comparison with *Harper* suggests that this limit on expression is demonstrably justified as a reasonable limit in a free and democratic society. In *Harper*, this Court unanimously held that requiring those who spend more than \$500 on election advertising to register was a justifiable limit on s. 2(b). The threshold for registration in this case — sponsorship of election advertising — is similarly reasonable and demonstrably justified.

pour statuer en l’espèce et décider si, au regard de la Constitution, le « commanditaire » qui, lors d’une période de campagne électorale, dépense moins de 500 \$ en publicité électorale peut être tenu de s’inscrire.

B. *L’atteinte est-elle justifiée au sens de l’article premier?*

[45] Nul ne prétend que la restriction de la liberté d’expression qui découle de l’obligation du commanditaire de publicité électorale de s’inscrire — dont je fais état précédemment — n’est pas justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*. L’appelante fonde son allégation de non-justification au regard de l’article premier sur une interprétation du par. 229(1) et de l’art. 239 beaucoup plus large voulant que ces dispositions restreignent la liberté d’expression politique d’une personne qui exerce cette liberté au moyen d’une affiche faite main, d’un autocollant ou d’un tee-shirt.

[46] L’appelante ne soutient pas non plus que l’inconstitutionnalité tient à ce que l’obligation de s’inscrire est faite à *tout* commanditaire de publicité électorale. Elle n’allègue l’inconstitutionnalité de cette exigence que dans le cas du commanditaire dont les dépenses sont inférieures à 500 \$. La seule question qui se pose alors est celle de savoir si la restriction de la liberté d’expression du commanditaire qui obtient des services dans le cadre d’une campagne de publicité électorale et dont les dépenses sont inférieures à 500 \$ est justifiée au sens de l’article premier.

[47] L’arrêt *Harper* permet de croire que, en l’espèce, la liberté d’expression est restreinte dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Dans cet arrêt, la Cour conclut à l’unanimité que l’obligation de s’inscrire faite à ceux dont les dépenses de publicité électorale sont égales ou supérieures à 500 \$ constitue une restriction justifiable de la liberté garantie à l’al. 2b). Dans la présente affaire, la condition d’assujettissement à l’obligation de s’inscrire — la commandite de publicité électorale — constitue également une restriction dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer.

[48] The *Canada Elections Act* and the British Columbia *Election Act* each apply their respective registration requirements to some, but not all, third party advertisers. Under the federal legislation at issue in *Harper*, only third parties who “incu[r] election advertising expenses of a total amount of \$500” must register: s. 353(1). Under the British Columbia legislation, only third parties who “sponsor election advertising” must register: s. 239(1). While Parliament has selected a quantitative threshold, the British Columbia legislature has opted for a qualitative one. Each threshold is low, but each permits small-scale individual election advertising without registration.

[49] The appellant argues that the British Columbia provisions limit spontaneous or unplanned election advertising in a way that the federal legislation at issue in *Harper* does not. The courts below agreed. It is true that the two registration requirements are triggered at different times: the *Canada Elections Act* requires a third party to register “immediately after” the \$500 threshold is reached (s. 353(1)), while the British Columbia *Election Act* prohibits a third party “who is not registered” from sponsoring election advertising (s. 239(1)). However, on the interpretation of s. 239 adopted here, the difference diminishes to insignificance. Section 239 limits spontaneous or unplanned *sponsorship* of election advertising. The federal and British Columbia registration requirements apply at different times because of the difference between the former’s quantitative threshold and the latter’s qualitative threshold. When all third party advertising expenses are included, as under the federal law, it may not be possible to anticipate precisely when the \$500 threshold will be reached. But when only third party *sponsorship* is included, advance registration is appropriate; by its very nature, an organized election advertising campaign cannot be undertaken to its sponsor’s surprise.

[48] L’obligation de s’inscrire que prévoient la *Loi électorale du Canada* et l’*Election Act* de la Colombie-Britannique vise certains tiers qui font de la publicité électorale, mais pas tous. Selon la disposition fédérale en cause dans l’arrêt *Harper*, seul le tiers qui engage « des dépenses de publicité électorale de 500 \$, au total » doit s’inscrire (par. 353(1)). En Colombie-Britannique, seul le tiers qui [TRADUCTION] « commandit[e] de la publicité électorale » doit s’inscrire (par. 239(1)). Alors que le législateur fédéral établit un critère quantitatif, celui de la Colombie-Britannique opte pour un critère qualitatif. Dans chacun des cas, le seuil établi est peu élevé mais permet de faire de la publicité électorale à petite échelle sans devoir s’inscrire.

[49] L’appelante fait valoir que les dispositions britanno-colombiennes restreignent la publicité électorale spontanée ou non planifiée, ce que ne faisaient pas les dispositions fédérales en cause dans l’affaire *Harper*. Les juridictions inférieures font droit à l’argument. L’obligation de s’inscrire naît effectivement à un moment différent dans chacune des deux lois (la *Loi électorale du Canada* exige du tiers qu’il s’inscrive « dès qu’il a engagé » des dépenses atteignant le seuil de 500 \$ (par. 353(1)), tandis que l’*Election Act* de la Colombie-Britannique interdit au tiers [TRADUCTION] « qui n’est pas inscrit » de commanditer de la publicité électorale (par. 239(1)). Cependant, au vu de l’interprétation de l’art. 239 que je préconise, la différence est négligeable. L’article 239 restreint la *commandite* de publicité électorale spontanée ou non planifiée. Les exigences d’inscription de la loi fédérale et de la loi britanno-colombienne s’appliquent à des moments différents en raison du caractère quantitatif du critère établi par la première et du caractère qualitatif de celui retenu par la seconde. Lorsque l’on s’attache à la totalité des dépenses électorales du tiers, comme sous le régime de la loi fédérale, il peut se révéler impossible de prévoir à quel moment précis le seuil de 500 \$ sera atteint. Cependant, lorsque l’on s’attache seulement à la *commandite* du tiers, l’inscription au préalable est indiquée; de par sa nature, une campagne de publicité électorale organisée ne peut avoir lieu à l’insu de son commanditaire.

[50] The conclusion suggested by comparing this case to *Harper* is confirmed by the test for justification set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

[51] The purpose of the registration requirement, the courts below held, is “to increase transparency, openness, and public accountability in the electoral process, and thus to promote an informed electorate”: trial reasons, at para. 116, quoted in C.A. reasons, at para. 41. I agree. This objective is pressing and substantial: *Harper*, at para. 142.

[52] The registration requirement for sponsors of election advertising is rationally connected to this objective: *Harper*, at para. 143.

[53] The limit is minimally impairing. By confining the registration requirement to sponsors and exempting individual political self-expression by persons who are not sponsors, s. 239 tailors the impingement on expression to what is required by the object of the Act. Moreover, the forms of advertising likely to be “sponsored” within the meaning of the British Columbia *Election Act* are also likely to be subject to the Act’s attribution requirements, which the Appellant does not challenge.

[54] The registration requirement’s deleterious effects are limited. There may be small groups of British Columbians who wish to disseminate their views in a manner that would constitute sponsorship of election advertising below \$500, but who are unwilling first to register their intention to do so with the government, even if they are prepared to comply with the Act’s attribution provisions. Their political expression would be chilled by the registration requirement. Others may be deterred by the requirement to register in advance. However, these impingements on the s. 2(b) right are limited, since only political expression in the form of *sponsorship* of election advertising stands to be delayed or inhibited. Sponsorship, as discussed, involves receiving advertising services. It is an organized activity that involves at

[50] Le critère de justification énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, confirme le bien-fondé de la conclusion qui découle de la comparaison de la présente affaire avec l’affaire *Harper*.

[51] Les juridictions inférieures concluent que l’obligation de s’inscrire vise [TRADUCTION] « à accroître la transparence et la responsabilité vis-à-vis du public dans le processus électoral et à favoriser ainsi l’émergence d’un électorat averti » (motifs de première instance, par. 116; cité dans les motifs de la C.A., par. 41). J’en conviens. Il s’agit d’un objectif urgent et réel (*Harper*, par. 142).

[52] L’obligation du commanditaire de publicité électorale de s’inscrire a un lien rationnel avec cet objectif (*Harper*, par. 143).

[53] La restriction n’emporte qu’une atteinte minimale. En obligeant seulement le commanditaire à s’inscrire et en soustrayant à cette obligation la personne qui exerce sa liberté d’expression politique à titre personnel et qui n’est pas un commanditaire, l’art. 239 adapte l’atteinte à la liberté d’expression selon ce que requiert l’objectif de la Loi. De plus, les formes de publicité susceptibles d’être « commanditées » au sens de l’*Election Act* de la Colombie-Britannique sont également susceptibles d’être assujetties aux exigences de la Loi en matière d’identification, lesquelles ne sont pas contestées par l’appelante.

[54] Les effets préjudiciables de l’obligation de s’inscrire sont circonscrits. De petits groupes de Britanno-Colombiens pourraient souhaiter diffuser leurs opinions d’une telle manière que cela revienne à commanditer de la publicité électorale dont le coût serait inférieur à 500 \$, mais ne pas vouloir d’abord signifier cette intention à l’État, même s’ils sont disposés à observer les exigences de la Loi en matière d’identification. L’obligation de s’inscrire au préalable pourrait les intimider ou les freiner dans l’exercice de leur liberté d’expression politique. Elle pourrait même dissuader certains de s’exprimer. Cependant, ces atteintes au droit garanti à l’al. 2b) sont circonscrites, car seule l’expression politique par voie de *commandite* de publicité électorale risque d’être différée ou empêchée. Rappelons que

least two, and usually more, people. It is by its nature not spontaneous. Moreover, there will be few cases in which an individual or group is subject to the registration requirement in s. 239 but not the attribution requirement under s. 231 and the *Election Advertising Regulation*, and so the number of sponsors for whom s. 239 is the sole reason they cannot protect their anonymity will be few. The registration process is simple and unlikely to deter much, if any, expression in which a sponsor would otherwise engage.

[55] Against these limited deleterious effects must be weighed the benefits of the scheme. The registration requirement permits the British Columbia public to know who is engaged in organized advocacy in their elections, by creating and maintaining a register of sponsors. The provision ensures that those who sponsor election advertising must provide the public with an assurance, in the form of a signed statement, that they are in compliance with British Columbia's election law. Finally, registration provides the Chief Electoral Officer with information that can assist in the enforcement of the Act and in informing sponsors of its requirements.

[56] In my view, the benefits of requiring sponsors of election advertising to register outweigh the deleterious effects on sponsors' s. 2(b) right.

[57] The appellant argues that the Attorney General of British Columbia was obligated to lead more evidence than it did in order to discharge its burden of justification under s. 1 of the *Charter*. I cannot agree.

[58] In *Harper*, as well as in *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, this Court considered the evidentiary standard that applies at the justification stage in the

la commandite consiste dans l'obtention de services de publicité. Il s'agit d'une activité organisée supposant la participation d'au moins deux personnes, habituellement plus de deux. C'est en soi une activité non spontanée. De plus, il arrivera rarement qu'un particulier ou un groupe soit assujéti à l'obligation de s'inscrire créée à l'art. 239, mais non à celle de s'identifier que prévoient l'art. 231 de l'*Election Act* et l'*Election Advertising Regulation*, si bien que les commanditaires pour qui l'art. 239 constituera le seul obstacle à leur anonymat seront peu nombreux. Le processus d'inscription est simple et peu susceptible, le cas échéant, de dissuader un commanditaire de se livrer à quelque activité d'expression projetée.

[55] Il faut mettre les avantages du régime législatif en balance avec ses effets préjudiciables circonscrits. Par la création et la tenue d'un registre des commanditaires, l'obligation de s'inscrire permet aux Britanno-Colombiens de connaître l'identité de ceux qui, lors d'une élection dans la province, défendent des intérêts de manière organisée. La disposition législative en cause oblige la personne qui commandite de la publicité électorale à donner au public, dans une déclaration portant sa signature, l'assurance qu'elle respecte la loi électorale de la Colombie-Britannique. Enfin, l'inscription permet au directeur général des élections d'obtenir des renseignements susceptibles de faciliter l'application de la Loi et d'informer les commanditaires des exigences de celle-ci.

[56] À mon avis, les avantages de l'obligation du commanditaire de s'inscrire l'emportent sur ses effets préjudiciables sur le droit que garantit l'al. 2b).

[57] L'appelante soutient que le procureur général de la Colombie-Britannique devait présenter une preuve plus étoffée que celle offerte pour s'acquitter de son obligation de justification au regard de l'article premier de la *Charte*. Je ne peux être d'accord avec elle.

[58] Dans *Harper*, ainsi que dans les arrêts *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, notre Cour a examiné la norme de preuve applicable à l'étape de la justification dans

election law context. I do not read *Harper, Bryan, and Thomson Newspapers* as precluding cases in which such an infringement may be justified under s. 1 despite a lack of social science evidence. By not leading social science evidence at this stage, the Attorney General of British Columbia has seriously diminished its ability to justify the infringement of a *Charter* right, but it has not eliminated it; though logic and reason, without assistance, can only go so far, they can go far enough. Where the scope of the infringement is minimal, minimal deference to the legislature may suffice and social science evidence may not be necessary. That is this case.

#### IV. Disposition

[59] I therefore conclude that, though s. 239 of the British Columbia *Election Act* trenches on s. 2(b) of the *Charter*, the infringement is saved by s. 1.

[60] I would dismiss the appeal. The parties have agreed that they will bear their own costs, and so I would order none.

*Appeal dismissed.*

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

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

le cas d'une loi électorale. Je ne vois pas dans ces arrêts un obstacle à ce qu'une atteinte soit justifiée au regard de l'article premier malgré l'absence de preuve relevant des sciences sociales. En n'offrant pas une telle preuve à cette étape, le procureur général de la Colombie-Britannique a sérieusement compromis sa capacité de justifier l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*, mais sans plus. La logique et la raison ne suffisent pas toujours, mais elles suffisent parfois. Lorsque la portée de l'atteinte est minimale, une déférence minimale à l'endroit du législateur peut suffire, et la présentation d'éléments de preuve relevant des sciences sociales n'est pas forcément nécessaire. C'est précisément le cas en l'espèce.

#### IV. Dispositif

[59] Je conclus donc que même si l'art. 239 de l'*Election Act* de la Colombie-Britannique porte atteinte à un droit garanti par l'al. 2b) de la *Charte*, il s'agit d'une atteinte justifiée au sens de l'article premier.

[60] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Les parties ont convenu de supporter chacune leurs dépens, en sorte que je ne rendrai aucune ordonnance à cet égard.

*Pourvoi rejeté.*

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

*Procureur de l'intimé : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.*



*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Shapray Cramer Fitterman Lamer, Vancouver; Blake Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lerner, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Shapray Cramer Fitterman Lamer, Vancouver; Blake Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lerner, Toronto.*

**Andrew Sabean** *Appellant*

v.

**Portage La Prairie Mutual Insurance Company** *Respondent*

**INDEXED AS: SABEAN v. PORTAGE LA PRAIRIE MUTUAL INSURANCE CO.**

**2017 SCC 7**

File No.: 36575.

2016: October 5; 2017: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Insurance — Automobile insurance — Excess insurance policy — SEF 44 Endorsement — Deductions — Insured awarded damages for injuries sustained in motor vehicle accident — Tortfeasor’s insurance coverage inadequate to cover quantum of jury award — Clause of insured’s Endorsement stipulating that amounts recoverable under “any policy of insurance providing disability benefits or loss of income benefits or medical expense or rehabilitation benefits” must be deducted from shortfall of damages award in determining amount payable by insurer — Whether Canada Pension Plan is a “policy of insurance providing disability benefits” within meaning of Endorsement.*

S, who was injured in a motor vehicle accident was awarded damages of \$465,400 by a jury. The tortfeasor’s insurer paid S approximately \$382,000, leaving a shortfall of more than \$83,000. S claimed that amount from his own insurer under the provisions of his SEF 44 Endorsement. The insurer sought to deduct S’s future Canada Pension Plan (“CPP”) disability benefits under cl. 4(b)(vii) of his SEF 44 Endorsement. The trial judge found that CPP benefits were not benefits from a “policy of insurance” under the Endorsement and thus would not be deducted from the amount payable. The Nova Scotia Court of

**Andrew Sabean** *Appelant*

c.

**Portage La Prairie Mutual Insurance Company** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : SABEAN c. PORTAGE LA PRAIRIE MUTUAL INSURANCE CO.**

**2017 CSC 7**

N° du greffe : 36575.

2016 : 5 octobre; 2017 : 27 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Assurances — Assurance automobile — Police de garantie complémentaire — Avenant SEF 44 — Déductions — Jugement accordant à l’assuré des dommages-intérêts pour des blessures subies dans un accident d’automobile — Couverture d’assurance de l’auteur du délit insuffisante pour payer le montant des dommages accordés par le jury — Clause de l’avenant de l’assuré prévoyant que, pour l’établissement du montant payable par l’assureur, les montants recouvrables aux termes « de toute police d’assurance stipulant une indemnité d’invalidité ou de réadaptation, ou une indemnité pour manque à gagner ou frais médicaux » doivent être déduits de la somme manquante des dommages-intérêts accordés — Le Régime de pensions du Canada constitue-t-il une « police d’assurance stipulant une indemnité d’invalidité » au sens de l’avenant?*

Un jury a accordé à S, qui a été blessé dans un accident d’automobile, la somme de 465 400 \$ à titre de dommages-intérêts. S a reçu environ 382 000 \$ de l’assureur de l’auteur du délit, ce qui laissait une somme manquante de plus de 83 000 \$. S a réclamé ce montant à son propre assureur aux termes des dispositions de son avenant SEF 44. L’assureur a cherché à déduire, en vertu de la cl. 4(b)(vii) de l’avenant SEF 44, le montant des futures prestations d’invalidité du Régime de pensions du Canada (« RPC ») versées à S. Le juge de première instance a conclu que les prestations du RPC ne constituaient pas des

Appeal disagreed, concluding that the CPP was a “policy of insurance” under the Endorsement.

*Held:* The appeal should be allowed.

The clear language of cl. 4(b)(vii) of the SEF 44 Endorsement, reading the contract as a whole, is unambiguous. Future CPP disability benefits are not disability benefits from a “policy of insurance” within the meaning of the provision and are not deductible from the amounts payable by the insurer. The overarching purpose of the Endorsement is to provide the “excess” coverage that arises where an underinsured motorist cannot pay the full amount of a court judgment. The Endorsement indemnifies insureds for any shortfall in the payment of a judgment for damages against an underinsured tortfeasor, subject to specified deductions. With respect to amounts that the eligible claimant is “entitled to recover”, cl. 4 (b) specifies nine sources that give rise to deductions from the amount payable by the insurer, none of which include the CPP. The ordinary meaning of a “policy of insurance” in cl. 4(b)(vii) is clear. It refers to a private insurance policy purchased by the insured. An average person applying for this additional insurance coverage would understand a “policy of insurance” to mean an optional, private insurance contract and not a mandatory, statutory scheme such as the CPP.

The insurer cannot rely on its specialized knowledge of the jurisprudence to advance an interpretation that goes beyond the clear words of the policy. The overriding principle for the interpretation of standard form insurance contracts is that where the language of the disputed clause is unambiguous, reading the contract as a whole, effect should be given to that clear language. The words used must be given their ordinary meaning, as they would be understood by the average person applying for insurance, and not as they might be perceived by persons versed in the niceties of insurance law. This Court’s decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, does not support an alternative reasonable interpretation of the disputed words. The reasoning in *Gill* is confined to a distinct interpretive context, far removed from the Endorsement at issue. Thus the ordinary meaning of the words “policy of insurance” in cl. 4(b)(vii) does not include the CPP regime.

prestations au titre d’une « police d’assurance » en application de l’avenant, et qu’elles ne seraient donc pas déduites du montant payable. Par contre, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le RPC constituait une « police d’assurance » aux termes de l’avenant.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Compte tenu du contrat dans son ensemble, le texte clair de la cl. 4(b)(vii) de l’avenant SEF 44 n’est pas ambigu. Les futures prestations d’invalidité du RPC ne sont pas des prestations d’invalidité au titre d’une « police d’assurance » au sens de la disposition et elles ne sont pas déductibles des montants payables par l’assureur. L’objet prépondérant de l’avenant est de fournir la protection « complémentaire » qui s’applique lorsqu’un automobiliste sous-assuré ne peut payer la totalité du montant constaté par jugement. L’avenant donne aux assurés droit à une indemnisation pour toute somme manquante pour acquitter un jugement condamnant l’auteur sous-assuré d’un délit à des dommages-intérêts, sous réserve de certaines déductions. En ce qui a trait aux montants que le demandeur admissible a « le droit de recouvrer », la cl. 4(b) précise neuf sources qui donnent lieu à des déductions du montant payable par l’assureur, et aucune ne comprend le RPC. Le sens ordinaire des mots « police d’assurance » à la cl. 4(b)(vii) est clair. Il désigne une police d’assurance privée achetée par l’assuré. Une personne ordinaire qui présente une demande en vue d’obtenir une telle garantie supplémentaire comprendrait qu’une « police d’assurance » s’entend d’un contrat d’assurance privé facultatif et non d’un régime obligatoire établi par la loi tel le RPC.

L’assureur ne peut se fonder sur sa connaissance spécialisée de la jurisprudence pour proposer une interprétation qui va au-delà du libellé clair de la police. Le principe prépondérant pour l’interprétation des contrats types d’assurance veut que, lorsque le texte de la clause contestée n’est pas ambigu, compte tenu du contrat dans son ensemble, le tribunal doit donner effet à ce texte clair. Les mots utilisés doivent être interprétés selon leur sens ordinaire et de la manière dont ils seraient compris par la personne ordinaire qui fait une demande d’assurance et non de la manière dont ils pourraient être perçus par des personnes versées dans les subtilités du droit des assurances. L’arrêt de la Cour *Canadian Pacific Ltd. c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, n’étaye pas une autre interprétation raisonnable des mots contestés. Le raisonnement dans *Gill* se limite à un contexte d’interprétation distinct très éloigné de l’avenant dont il est question. Ainsi, le sens ordinaire des mots « police d’assurance » à la cl. 4(b)(vii) ne comprend pas le RPC.

## Cases Cited

**Distinguished:** *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654; *Gignac v. Neufeld* (1999), 43 O.R. (3d) 741; **referred to:** *Economical Mutual Insurance Co. v. Lapalme*, 2010 NBCA 87, 366 N.B.R. (2d) 199; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551; *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Somersall v. Friedman*, 2002 SCC 59, [2002] 3 S.C.R. 109; *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Bradburn v. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1; *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359; *Chilton v. Co-Operators General Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 161.

## Statutes and Regulations Cited

*Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8.  
*Families' Compensation Act*, R.S.B.C. 1960, c. 138, s. 4(4).  
*Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8.  
 R.R.O. 1990, Reg. 676.

## Authors Cited

Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.  
*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "insurance policy".  
*Collins Canadian Dictionary*. Toronto: HarperCollins, 2010, "insurance policy".  
*Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, "policy".

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Beveridge, Hamilton and Scanlan J.J.A.), 2015 NSCA 53, 359 N.S.R. (2d) 392, 1133 A.P.R. 392, 386 D.L.R. (4th) 449, 23 C.C.E.L. (4th) 117, 48 C.C.L.I. (5th) 171, [2015] I.L.R. I-5749, [2015] N.S.J. No. 230 (QL), 2015 CarswellNS 472 (WL Can.), setting aside a decision of Murray J., 2013 NSSC 306, 338 N.S.R. (2d) 14, 1071 A.P.R. 14,

## Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Canadian Pacific Ltd. c. Gill*, [1973] R.C.S. 654; *Gignac c. Neufeld* (1999), 43 O.R. (3d) 741; **arrêts mentionnés :** *Economical Mutual Insurance Co. c. Lapalme*, 2010 NBCA 87, 366 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 199; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551; *Co-operators Compagnie d'assurance vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Somersall c. Friedman*, 2002 CSC 59, [2002] 3 R.C.S. 109; *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; *Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Bradburn c. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1; *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; *Chilton c. Co-Operators General Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 161.

## Lois et règlements cités

*Families' Compensation Act*, R.S.B.C. 1960, c. 138, art. 4(4).  
*Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, c. I.8.  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8.  
 R.R.O. 1990, Reg. 676.

## Doctrine et autres documents cités

Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.  
*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, « insurance policy ».  
*Collins Canadian Dictionary*, Toronto, HarperCollins, 2010, « insurance policy ».  
*Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 11th ed., Springfield (Mass.), Merriam-Webster, 2003, « policy ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Beveridge, Hamilton et Scanlan), 2015 NSCA 53, 359 N.S.R. (2d) 392, 1133 A.P.R. 392, 386 D.L.R. (4th) 449, 23 C.C.E.L. (4th) 117, 48 C.C.L.I. (5th) 171, [2015] I.L.R. I-5749, [2015] N.S.J. No. 230 (QL), 2015 CarswellNS 472 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Murray, 2013 NSSC 306, 338 N.S.R. (2d) 14, 1071 A.P.R. 14,

[2013] N.S.J. No. 656 (QL), 2013 CarswellNS 944 (WL Can.). Appeal allowed.

*Derrick J. Kimball and Sharon L. Cochrane*, for the appellant.

*Scott R. Campbell and Scott C. Norton, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS J. —

### I. Introduction

[1] This case involves the interpretation of the Nova Scotia SEF 44 Endorsement, an excess insurance policy. This Endorsement is a standard form contract that exists in similar terms across the country. Canadians purchase these policies, sometimes called Special or Family Protection Endorsements, in addition to their existing automobile insurance coverage. These endorsements indemnify insureds for any shortfall in the payment of a judgment for damages against an underinsured tortfeasor, subject to the deductions set out in the Endorsement. The scope of one such deduction is at issue in this appeal.

[2] The Endorsement stipulates that future benefits from a “policy of insurance providing disability benefits” are deducted from the shortfall in determining the amount payable by the insurer (cl. 4(b)(vii)). The issue in this appeal is whether the Canada Pension Plan (CPP) is a “policy of insurance” for that purpose.

[3] The trial judge in this case found that CPP benefits were not benefits from a “policy of insurance” under the Endorsement and thus would not be deducted from the amount payable by the insurer. The Nova Scotia Court of Appeal disagreed, concluding

[2013] N.S.J. No. 656 (QL), 2013 CarswellNS 944 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Derrick J. Kimball et Sharon L. Cochrane*, pour l’appelant.

*Scott R. Campbell et Scott C. Norton, c.r.*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

### I. Introduction

[1] La présente affaire porte sur l’interprétation de l’avenant SEF 44 utilisé en Nouvelle-Écosse, une police de garantie complémentaire. Cet avenant est un contrat type, et des avenants au libellé similaire existent partout au pays. Les Canadiens achètent de telles polices, parfois appelées avenants de protection familiale ou spéciale, en sus de leur assurance automobile. Ces avenants donnent aux assurés droit à une indemnisation pour toute somme manquante pour acquitter un jugement condamnant l’auteur sous-assuré d’un délit à des dommages-intérêts, sous réserve des déductions indiquées dans l’avenant. La portée de l’une de ces déductions est en cause dans le présent pourvoi.

[2] L’avenant prévoit que les prestations futures au titre d’une [TRADUCTION] « police d’assurance stipulant une indemnité d’invalidité » sont déduites de la somme manquante pour déterminer le montant payable par l’assureur (cl. 4(b)(vii)). La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si le Régime de pensions du Canada (RPC) constitue une « police d’assurance » à cette fin.

[3] Le juge de première instance a conclu que les prestations du RPC ne constituaient pas des prestations au titre d’une « police d’assurance » en application de l’avenant, et qu’elles ne seraient donc pas déduites du montant payable par l’assureur. La Cour

that the CPP was a “policy of insurance” under the Endorsement.<sup>1</sup>

[4] I agree with the trial judge. The ordinary meaning of the words at issue is clear, reading this Endorsement as a whole. An insurer cannot rely on its specialized knowledge of the jurisprudence to advance an interpretation that goes beyond the clear words of the policy. An average person applying for this additional insurance coverage would understand a “policy of insurance” to mean an optional, private insurance contract and not a mandatory statutory scheme such as the CPP. Thus, future CPP disability benefits do not reduce the amount payable by the insurer under the Endorsement.

[5] I would allow the appeal.

## II. Background

[6] The appellant, Andrew Sabean, was injured in a motor vehicle accident in 2004. In May 2013, a jury awarded Mr. Sabean damages for his injuries in the amount of \$465,400. The amount he received from the tortfeasor’s insurer was about \$382,000, leaving a shortfall of more than \$83,000. Mr. Sabean claimed under the excess coverage provisions of his SEF 44 Endorsement with the respondent, Portage La Prairie Mutual Insurance Company (Portage).

[7] Clause 4(b)(vii) of the Endorsement stipulates that amounts recoverable under “any policy of insurance providing disability benefits or loss of income benefits or medical expense or rehabilitation benefits” are to be deducted from the shortfall of the

<sup>1</sup> The New Brunswick and Nova Scotia Courts of Appeal each came to different conclusions on this point. The New Brunswick Court of Appeal in *Economical Mutual Insurance Co. v. Lapalme*, 2010 NBCA 87, 366 N.B.R. (2d) 199, found that CPP benefits were not a “policy of insurance” under the New Brunswick equivalent of the Endorsement.

d’appel de la Nouvelle-Écosse n’était pas de cet avis. Elle a conclu que le RPC constituait une « police d’assurance » aux termes de l’avenant<sup>1</sup>.

[4] Je souscris à l’opinion du juge de première instance. Le sens ordinaire des mots en cause est clair, compte tenu de l’avenant dans son ensemble. Un assureur ne peut se fonder sur sa connaissance spécialisée de la jurisprudence pour proposer une interprétation qui va au-delà du libellé clair de la police. Une personne ordinaire qui présente une demande en vue d’obtenir une telle garantie supplémentaire comprendrait qu’une « police d’assurance » s’entend d’un contrat d’assurance privé facultatif et non d’un régime obligatoire établi par la loi tel le RPC. Ainsi, les futures prestations d’invalidité au titre du RPC ne réduisent pas le montant payable par l’assureur aux termes de l’avenant.

[5] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

## II. Contexte

[6] L’appelant, Andrew Sabean, a été blessé dans un accident d’automobile en 2004. En mai 2013, un jury lui a accordé la somme de 465 400 \$ à titre de dommages-intérêts pour ses blessures. Il a reçu la somme d’environ 382 000 \$ de l’assureur de l’auteur du délit, ce qui laissait une somme manquante de plus de 83 000 \$. M. Sabean a présenté à l’intimée, Portage La Prairie Mutual Insurance Company (Portage), une réclamation fondée sur les dispositions en matière de garantie complémentaire de son avenant SEF 44.

[7] La clause 4(b)(vii) de l’avenant prévoit que, pour l’établissement du montant payable par l’assureur au demandeur admissible, les montants recouvrables aux termes [TRADUCTION] « de toute police d’assurance stipulant une indemnité d’invalidité ou

<sup>1</sup> La Cour d’appel du Nouveau-Brunswick et la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse sont arrivées à des conclusions différentes sur ce point. Dans *Economical Mutual Insurance Co. c. Lapalme*, 2010 NBCA 87, 366 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 199, la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a conclu que les prestations du RPC n’étaient pas des prestations versées au titre d’une « police d’assurance » en vertu de l’équivalent néo-brunswickois de l’avenant.

damages award in determining the amount payable by the insurer to the eligible claimant.

[8] Mr. Sabean is entitled to receive future CPP disability benefits. Portage took the position that those amounts were to be deducted as recoverable benefits from a “policy of insurance” under cl. 4(b)(vii) in determining the amount payable by Portage. Mr. Sabean disagreed.

[9] Justice Murray of the Nova Scotia Supreme Court held that future CPP disability benefits did not fall within the meaning of “any policy of insurance providing disability benefits” in cl. 4(b)(vii) of the Endorsement and therefore were not to be deducted from the amount payable by the insurer: 2013 NSSC 306, 338 N.S.R. (2d) 14. The trial judge relied upon the New Brunswick Court of Appeal’s reasoning in *Economical Mutual Insurance Co. v. Lapalme*, 2010 NBCA 87, 366 N.B.R. (2d) 199, at paras. 89-94, that the language and larger context of the New Brunswick equivalent to the SEF 44 Endorsement supported its interpretation of cl. 4(b)(vii) to mean that a “policy of insurance providing disability benefits” did not include CPP disability benefits.

[10] Justice Scanlan of the Nova Scotia Court of Appeal, writing for Justices Beveridge and Hamilton, allowed the appeal on that issue: 2015 NSCA 53, 359 N.S.R. (2d) 392. Relying in part on this Court’s decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, the Court of Appeal concluded that future CPP disability benefits were to be treated as disability benefits recoverable under a “policy of insurance”. It reasoned that cl. 4(b)(vii) clearly included CPP disability benefits as a “policy of insurance” after considering the drafting history of the SEF 44 Endorsement following *Gill* and the principle against double recovery in the context of the Endorsement as an excess insurance provision.

de réadaptation, ou une indemnité pour manque à gagner ou frais médicaux » doivent être déduits de la somme manquante des dommages-intérêts accordés.

[8] M. Sabean a le droit de toucher de futures prestations d’invalidité du RPC. Portage a soutenu que, pour l’établissement du montant payable par Portage, la valeur des futures prestations d’invalidité du RPC doit être déduite puisqu’il s’agit de prestations recouvrables d’une « police d’assurance » au titre de la cl. 4(b)(vii). M. Sabean n’était pas de cet avis.

[9] Le juge Murray de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a conclu que les futures prestations d’invalidité du RPC ne sont pas visées par l’expression [TRADUCTION] « toute police d’assurance stipulant une indemnité d’invalidité » figurant dans la cl. 4(b)(vii) de l’avenant, et qu’elles ne doivent donc pas être déduites du montant payable par l’assureur : 2013 NSSC 306, 338 N.S.R. (2d) 14. Le juge de première instance s’est fondé sur le raisonnement de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick dans *Economical Mutual Insurance Co. c. Lapalme*, 2010 NBCA 87, 366 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 199, par. 89-94, selon lequel le libellé et le contexte général de l’équivalent néo-brunswickois de l’avenant SEF 44 appuie son interprétation de la cl. 4(b)(vii), voulant qu’une « police d’assurance stipulant une indemnité d’invalidité » ne comprend pas les prestations d’invalidité du RPC.

[10] Le juge Scanlan de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, s’exprimant au nom des juges Beveridge et Hamilton, a accueilli l’appel sur cette question : 2015 NSCA 53, 359 N.S.R. (2d) 392. Se fondant en partie sur l’arrêt de notre Cour *Canadian Pacific Ltd. c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, la Cour d’appel a conclu que les futures prestations d’invalidité du RPC devaient être considérées comme des prestations d’invalidité recouvrables aux termes d’une « police d’assurance ». Après avoir examiné l’historique de la rédaction de l’avenant SEF 44 qui a suivi l’arrêt *Gill* et le principe interdisant la double indemnisation dans le contexte où l’avenant constitue une garantie complémentaire, la Cour a expliqué que la cl. 4(b)(vii) visait manifestement les prestations d’invalidité du RPC en tant que [TRADUCTION] « police d’assurance ».

### III. Issue

[11] Is the Canada Pension Plan a “policy of insurance providing disability benefits” within the meaning of cl. 4(b)(vii) of the SEF 44 Endorsement?

### IV. Analysis

[12] In *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, this Court confirmed the principles of contract interpretation applicable to standard form insurance contracts. The overriding principle is that where the language of the disputed clause is unambiguous, reading the contract as a whole, effect should be given to that clear language: *Ledcor*, at para. 49; *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245, at para. 22; *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551, at para. 71. Only where the disputed language in the policy is found to be ambiguous, should general rules of contract construction be employed to resolve that ambiguity: *Ledcor*, at para. 50. Finally, if these general rules of construction fail to resolve the ambiguity, courts will construe the contract *contra proferentem*, and interpret coverage provisions broadly and exclusion clauses narrowly: *Ledcor*, at para. 51.

[13] At the first step of the analysis for standard form contracts of insurance, the words used must be given their ordinary meaning, “as they would be understood by the average person applying for insurance, and not as they might be perceived by persons versed in the niceties of insurance law”: *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605, at para. 21; see also *Ledcor*, at para. 27.

[14] The SEF 44 Endorsement is a standard form contract. Sometimes called Special or Family Protection Endorsements, these excess insurance policies are purchased in addition to existing automobile

### III. Question en litige

[11] Le Régime de pensions du Canada constitue-t-il une [TRADUCTION] « police d’assurance stipulant une indemnité d’invalidité » au sens de la cl. 4(b)(vii) de l’avenant SEF 44?

### IV. Analyse

[12] Dans l’arrêt *Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, la Cour a confirmé les principes d’interprétation des contrats applicables aux contrats types d’assurance. Le principe prépondérant veut que lorsque le texte de la clause contestée n’est pas ambigu, compte tenu du contrat dans son ensemble, le tribunal doit donner effet à ce texte clair : *Ledcor*, par. 49; *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d’assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245, par. 22; *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, par. 71. Ce n’est que lorsque le texte contesté de la police est jugé ambigu que l’on doit recourir aux règles générales d’interprétation des contrats pour résoudre cette ambiguïté : *Ledcor*, par. 50. Finalement, si ces règles générales d’interprétation ne permettent pas de dissiper l’ambiguïté, les tribunaux recourront à la règle *contra proferentem* pour interpréter le contrat; les dispositions relatives à la garantie recevront une interprétation large, et les clauses d’exclusion, une interprétation étroite : *Ledcor*, par. 51.

[13] À la première étape de l’analyse relative aux contrats type d’assurance, les mots utilisés doivent être interprétés selon leur sens ordinaire, « de la manière dont ils seraient compris par la personne ordinaire qui fait une demande d’assurance et non de la manière dont ils pourraient être perçus par des personnes versées dans les subtilités du droit des assurances » : *Co-operators Compagnie d’assurance vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605, par. 21; voir également *Ledcor*, par. 27.

[14] L’avenant SEF 44 est un contrat type. Parfois appelées avenants de protection familiale ou spéciale, ces polices de garantie complémentaire sont achetées en sus de l’assurance automobile existante.



insurance coverage. The terms of these endorsements are not negotiated. In this context, the Endorsement is a “take-it-or-leave-it” proposition: *Ledcor*, at para. 28, quoting *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, at para. 33.

[15] An insured pays an additional premium for the protection of the excess coverage provided under the Endorsement, which indemnifies the insured for any shortfall in the payment of a judgment for damages against an underinsured tortfeasor: *Somersall v. Friedman*, 2002 SCC 59, [2002] 3 S.C.R. 109, at paras. 16-19. However, the amount owed under the Endorsement is not necessarily the full amount of the shortfall owed by the underinsured tortfeasor. The terms of the Endorsement provide for specific deductions from the shortfall in order to determine the amount payable by the insurer to the eligible claimant. This appeal is about the scope of one of the deductions.

[16] Clause 2 of the Endorsement describes the purpose of the insuring agreement:

In consideration of the premium charged and subject to the provisions hereof, it is understood and agreed that the insurer shall indemnify each eligible claimant for the amount that such eligible claimant is legally entitled to recover from an inadequately insured motorist as compensatory damages in respect of bodily injury or death sustained by an insured person by accident arising out of the use or operation of an automobile.

[17] Clause 4(a) of the Endorsement stipulates the formula for determining the amount payable by the insurer to the eligible claimant:

The amount payable under this endorsement to any eligible claimant shall be ascertained by determining the amount of damages the eligible claimant is legally entitled to recover from the inadequately insured motorist and deducting from that amount the aggregate of the amounts referred to in paragraph 4(b) . . . .

Les modalités de ces avenants ne sont pas négociées. Dans un tel contexte, l’avenant est une proposition « à prendre ou à laisser » : *Ledcor*, par. 28, citant *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, par. 33.

[15] L’assuré paye une prime additionnelle pour la garantie complémentaire prévue par l’avenant, qui assure l’indemnisation de l’assuré pour toute somme manquante pour acquitter un jugement condamnant l’auteur sous-assuré du délit à des dommages-intérêts : *Somersall c. Friedman*, 2002 CSC 59, [2002] 3 R.C.S. 109, par. 16-19. Cependant, le montant dû aux termes de l’avenant n’est pas nécessairement la totalité de la somme manquante due par l’auteur sous-assuré du délit. Les modalités de l’avenant prévoient que certains montants doivent être déduits de la somme manquante pour que soit déterminé le montant payable par l’assureur au demandeur admissible. La portée de l’une de ces déductions est en cause dans le présent pourvoi.

[16] La clause 2 de l’avenant décrit l’objet de la convention d’assurance :

[TRADUCTION] En contrepartie de la prime exigée et sous réserve des dispositions des présentes, il est entendu et convenu que l’assureur indemniserà chaque demandeur admissible du montant que ce dernier a le droit de recouvrer d’un automobiliste sous-assuré à titre de dommages-intérêts compensatoires pour les lésions corporelles subies par une personne assurée ou pour son décès par suite d’un accident découlant de l’usage ou de la conduite d’une automobile.

[17] La clause 4(a) de l’avenant prévoit la formule servant à fixer le montant payable par l’assureur au demandeur admissible :

[TRADUCTION] Le montant payable en conformité avec le présent avenant à tout demandeur admissible correspond au montant des dommages-intérêts que le demandeur admissible a le droit de recouvrer de l’automobiliste sous-assuré, déduction faite du total des montants visés à la clause 4(b) . . . .

[18] The amounts to be deducted from the amount payable are set out in cl. 4(b) of the Endorsement:

The amount payable under this endorsement to any eligible claimant is excess to any amount actually recovered by the eligible claimant from any source (other than money payable on death under a policy of insurance) and is excess to any amounts the eligible claimant is entitled to recover (whether such entitlement is pursued or not) from:

- (i) the insurers of the inadequately insured motorist, and from bonds, cash deposits or other financial guarantees given on behalf of the inadequately insured motorist;
- (ii) the insurers of any person jointly liable with the inadequately insured motorist for the damages sustained by an insured person;
- (iii) the Société de l'assurance automobile du Québec;
- (iv) an unsatisfied judgment fund or similar plan or which would have been payable by such fund or plan had this endorsement not been in effect;
- (v) the uninsured motorist coverage of a motor vehicle liability policy;
- (vi) any automobile accident benefits plan applicable in the jurisdiction in which the accident occurred;
- (vii) any policy of insurance providing disability benefits or loss of income benefits or medical expense or rehabilitation benefits;
- (viii) any Worker's Compensation Act or similar law of the jurisdiction applicable to the injury or death sustained;
- (ix) any Family Protection Coverage of a motor vehicle liability policy; [Emphasis added.]

[19] The insurer submits that it is the overarching purpose of the Endorsement to prohibit overcompensation or double recovery because it is in the nature of "excess insurance". However, an excess insurance policy provides coverage in excess to losses covered by a primary insurance policy. "Excess" for the purposes of an excess insurance policy does not

[18] Les montants devant être déduits du montant payable sont indiqués à la cl. 4(b) de l'avenant :

[TRADUCTION]

Le montant payable en application du présent avenant à tout demandeur admissible est complémentaire au montant effectivement recouvré par ce dernier de toute source (sauf les sommes payables au décès en vertu d'une police d'assurance) et à tout montant que le demandeur admissible a le droit de recouvrer (qu'il fasse valoir ce droit ou non) :

- (i) des assureurs de l'automobiliste sous-assuré et des cautionnements, dépôts en espèces ou autres cautionnements financiers fournis au nom de l'automobiliste sous-assuré;
- (ii) des assureurs de toute personne responsable conjointement avec l'automobiliste sous-assuré du dommage subi par une personne assurée;
- (iii) de la Société de l'assurance automobile du Québec;
- (iv) d'une caisse d'indemnisation des créanciers de jugements inexécutés ou d'un régime semblable ou qu'une telle caisse ou un tel régime aurait dû verser n'eût été le présent avenant;
- (v) de la garantie relative aux automobilistes non assurés prévue par une police d'assurance responsabilité civile automobile;
- (vi) de tout régime d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles applicable dans le ressort où l'accident s'est produit;
- (vii) de toute police d'assurance stipulant une indemnité d'invalidité ou de réadaptation, ou une indemnité pour manque à gagner ou frais médicaux;
- (viii) de tout régime d'indemnisation des accidents de travail ou régime semblable du ressort, applicable aux lésions corporelles subies ou au décès;
- (ix) de toute garantie de protection familiale d'une police d'assurance responsabilité civile automobile; [Je souligne.]

[19] L'assureur soutient que, de par sa nature même à titre de « garantie complémentaire », l'avenant a pour objet prépondérant d'interdire l'indemnisation excessive ou la double indemnisation. Cependant, une police de garantie complémentaire offre une protection complémentaire aux sinistres couverts par une police d'assurance principale. Le

mean that the purpose of the Endorsement is to preclude “overcompensation”. The “excess” coverage is defined by the terms of the contract.

[20] By the terms of the contract, the overarching purpose of the Endorsement is to provide the “excess” coverage that arises where an underinsured motorist cannot pay the full amount of a court judgment. The insurer indemnifies eligible claimants against the shortfall arising from a damages award (cl. 2). The amount that the claimant is entitled to receive in damages has already been determined by the court in accordance with relevant legal principles — here, tort principles. The Endorsement designates this amount — the judgment — as the scheme’s starting point for calculating the amount payable (cl. 2).

[21] However, the Endorsement only indemnifies part of the shortfall. The amount payable by the insurer to the eligible claimant under the Endorsement is not the full amount of the shortfall that an underinsured motorist is unable to pay. Clause 4(a) establishes the formula for determining the amount payable by the insurer to the eligible claimant. Clause 4(a) provides that coverage is the amount of damages the eligible claimant is entitled to recover, subject to the deductions in cl. 4(b) (and subject to the overall limit of coverage in cl. 3). Deductions stipulated under the Endorsement are therefore subtracted from the shortfall. Thus, it falls to the language of the contract to determine the extent of the indemnification — the limits of the excess coverage — under the Endorsement.

[22] The introductory words in cl. 4(b) require that amounts “actually recovered . . . from any source” are deductible from the amount payable to the claimant, except amounts from a policy of insurance payable on death. The term “any source” is broad and includes CPP disability benefits. However, with respect to amounts that the eligible claimant is

mot « complémentaire » au sens d’une police de garantie complémentaire ne signifie pas que l’objet de l’avenant est d’empêcher l’« indemnisation excessive ». La garantie « complémentaire » est définie par les termes du contrat.

[20] Selon les termes du contrat, l’objet prépondérant de l’avenant est de fournir la protection « complémentaire » qui s’applique lorsqu’un automobiliste sous-assuré ne peut payer la totalité du montant constaté par jugement. L’assureur indemnise les demandeurs admissibles de la somme manquante des dommages-intérêts adjugés (cl. 2). Le montant de dommages-intérêts que l’appelant a le droit de recevoir a déjà été déterminé par la cour conformément aux principes juridiques pertinents — en l’espèce, les principes de responsabilité délictuelle. L’avenant prend ce montant — constaté par jugement — comme point de départ pour calculer le montant payable (cl. 2).

[21] Cependant, l’avenant ne prévoit l’indemnisation de l’assuré que pour une partie de la somme manquante. Le montant payable par l’assureur au demandeur admissible en application de l’avenant n’est pas la totalité de la somme manquante que l’automobiliste sous-assuré est incapable de payer. La clause 4(a) prévoit la formule servant à établir le montant payable par l’assureur au demandeur admissible. La clause 4(a) prévoit que la protection vise le montant des dommages-intérêts que le demandeur admissible a le droit de recouvrer, déduction faite des montants visés à la cl. 4(b) (et sous réserve de la limite globale de la protection prévue à la cl. 3). Les déductions prévues dans l’avenant doivent donc être soustraites de la somme manquante. Ainsi, le libellé du contrat déterminera la portée de l’indemnisation — les limites de la garantie complémentaire — en application de l’avenant.

[22] L’énoncé liminaire de la cl. 4(b) prévoit que les montants [TRADUCTION] « effectivement recouverts [. . .] de toute source » sont déductibles du montant payable au demandeur, sauf les sommes payables au décès en vertu d’une police d’assurance. L’expression « de toute source » est générale, et comprend les prestations d’invalidité du RPC.

“entitled to recover”, cl. 4(b) specifies nine sources that give rise to deductions.

[23] What then is the correct interpretation of “any policy of insurance providing disability benefits” under cl. 4(b)(vii) of the Endorsement, reading the contract as a whole?

[24] The dictionary meaning of the words “policy of insurance” refers to a private contract purchased as a policy of insurance. In the *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), an “insurance policy” has been defined as “a contract of insurance” and “a document detailing such a policy and constituting a contract”: p. 783; see also *Collins Canadian Dictionary* (2010), at p. 469. The *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (11th ed. 2003), defines a “policy” as “a writing whereby a contract of insurance is made”: p. 960.

[25] In contrast, CPP benefits are benefits provided under federal legislation: *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8. Under that legislation, contributions are mandatory for all employed Canadians over the age of 18. CPP benefits are payable as a retirement pension, as a disability benefit or as a death benefit.

[26] The use of the word “policy” (i.e. “motor vehicle liability policy”) in cl. 4(b), paras. (v) and (ix), clearly indicates a private contract of insurance. Paragraphs (iii) (“the Société de l’assurance automobile du Québec”) and (viii) (“any Worker’s Compensation Act”) clearly refer to amounts provided under legislation. The contract could have included the legislated CPP disability benefits under cl. 4(b)(vii); it referred specifically to legislated amounts in a number of other enumerated sources. Had the contract done so, an average person would have known exactly what they applied for as insurance, and what was and was not covered by the premiums paid under the Endorsement.

Toutefois, en ce qui a trait aux montants que le demandeur admissible « a le droit de recouvrer », la cl. 4(b) précise neuf sources donnant lieu à des déductions.

[23] Quelle est donc l’interprétation correcte de l’expression [TRADUCTION] « toute police d’assurance stipulant une indemnité d’invalidité » au sens de la cl. 4(b)(vii) de l’avenant, compte tenu du contrat dans son ensemble?

[24] Selon leur sens figurant au dictionnaire, les mots « police d’assurance » s’entendent d’un contrat privé acheté à titre de police d’assurance. Le *Canadian Oxford Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 2004) définit [TRADUCTION] « police d’assurance » comme « un contrat d’assurance » et « un document exposant en détail une telle police et constituant un contrat » : p. 783; voir également le dictionnaire *Collins Canadian Dictionary* (2010), p. 469. Selon le dictionnaire *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (11<sup>e</sup> éd. 2003), une [TRADUCTION] « police » est « un écrit par lequel un contrat d’assurance est constitué » : p. 960.

[25] Par contre, les prestations du RPC sont prévues par une loi fédérale : *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8. Aux termes de cette loi, les contributions sont obligatoires pour tous les Canadiens salariés âgés de plus de 18 ans. Les prestations du RPC sont payables à titre de pension de retraite, de pension d’invalidité ou de prestation de décès.

[26] L’emploi du mot [TRADUCTION] « police » (c.-à-d. « police d’assurance responsabilité civile automobile ») aux par. (v) et (ix) de la cl. 4(b) indique clairement qu’il s’agit d’un contrat d’assurance privé. Les paragraphes (iii) (« la Société de l’assurance automobile du Québec ») et (viii) (« tout régime d’indemnisation des accidents de travail ») indiquent clairement des montants prévus par une loi. Le contrat aurait pu inclure à la cl. 4(b)(vii) les prestations d’invalidité du RPC prévues par la loi; il précisait des montants prévus par la loi dans plusieurs autres sources énumérées. Si le contrat avait prévu la déduction de ces montants, une personne ordinaire aurait su exactement ce que sa demande d’assurance visait, ainsi que la protection conférée ou non par le paiement des primes dans le cadre de l’avenant.

[27] It also follows that CPP death benefits are not benefits pursuant to a “policy of insurance” payable on death for the purposes of the introductory words in cl. 4(b). Therefore, where the eligible claimant has actually recovered CPP death benefits, the amount of those benefits is deducted from the amount payable under the Endorsement. Obviously, such an interpretation does not work to the advantage of the eligible claimant in the context of death benefits. However, the mere effect of different consequences arising from the meaning of a term used in different places in a contract does not create ambiguity.

[28] In my view, the ordinary meaning of a “policy of insurance” is limited to private contracts of insurance between an insured and a private insurance agency. An average person would not consider benefits provided under a mandatory statutory scheme to be a private insurance contract.

[29] The insurer submits and the Court of Appeal accepted that the meaning of “policy of insurance” under the Endorsement must be understood in the context of this Court’s decision in *Gill*. Implicit in the approach urged by the insurer is the suggestion that this Court’s decision in *Gill* itself supports an alternative reasonable interpretation of the disputed words at the first stage of the *Ledcor* analysis. As I shall explain, I cannot accept this as a reasonable interpretation of this insurance policy. *Gill* does not interpret or inform the ordinary words of the Endorsement. Nor would the average person applying for this insurance contemplate the distinct tort and statutory context in *Gill* in understanding the words of the Endorsement. The insurer relies on its specialized knowledge of the jurisprudence to advance an interpretation that goes beyond the clear words of the policy.

[30] In *Gill*, this Court dealt with the deductibility of Canada Pension Plan death benefits from a damages award arising from an action initiated under the *Families’ Compensation Act*, R.S.B.C. 1960, c. 138. Section 4(4) of the Act provided that “[i]n assessing damages there shall not be taken into account any

[27] Il s’ensuit également que les prestations de décès du RPC ne sont pas des prestations au sens d’une « police d’assurance » payables au décès pour l’application de l’énoncé liminaire de la cl. 4(b). Par conséquent, lorsque le demandeur admissible a effectivement recouvré des prestations de décès du RPC, la somme de ces prestations est déduite du montant payable en application de l’avenant. Évidemment, une telle interprétation ne profite pas au demandeur admissible dans le contexte des prestations de décès. Cependant, le simple fait que différentes conséquences découlent du sens d’un terme utilisé à différents endroits dans un contrat ne crée pas d’ambiguïté.

[28] À mon avis, le sens ordinaire de l’expression « police d’assurance » se limite aux contrats d’assurance privés conclus entre un assuré et un assureur privé. Du point de vue d’une personne ordinaire, les prestations prévues par un régime obligatoire établi par la loi ne constitueraient pas un contrat d’assurance privé.

[29] L’assureur soutient que l’expression [TRADUCTION] « police d’assurance » aux termes de l’avenant doit être interprétée eu égard à l’arrêt *Gill* de la Cour, et la Cour d’appel a retenu cet argument. L’approche préconisée par l’assureur suggère implicitement que l’arrêt *Gill* de la Cour étaye une autre interprétation raisonnable des mots contestés à la première étape du cadre d’analyse énoncé dans *Ledcor*. Comme je l’explique plus loin, je ne peux accepter cela comme une interprétation raisonnable de cette police d’assurance. Dans l’arrêt *Gill*, la Cour n’a pas interprété les mots ordinaires de l’avenant, ni éclairé leur sens. Une personne ordinaire demandant une telle garantie n’aurait pas non plus envisagé les contextes de responsabilité délictuelle et législatif distincts relatifs à l’arrêt *Gill* pour comprendre les mots de l’avenant. L’assureur se fonde sur sa connaissance spécialisée de la jurisprudence pour faire valoir une interprétation qui va au-delà des mots clairs de la police.

[30] Dans *Gill*, la Cour a examiné la possibilité de déduire les prestations de décès du Régime de pensions du Canada du montant des dommages-intérêts adjugés à l’issue d’une poursuite intentée en vertu de la loi intitulée *Families’ Compensation Act*, R.S.B.C. 1960, c. 138. Le paragraphe 4(4) de cette loi prévoyait

sum paid or payable on the death of the deceased under any contract of assurance or insurance.” The Court held that benefits under the CPP are “so much of the same nature as contracts of insurance” that they should not be deducted from a damages award arising from a successful statutory action under the Act: *Gill*, at p. 670.

[31] However, *Gill* was decided in a very different context. *Gill* was concerned with the interpretation of a remedial statute. This Court applied a broad and liberal interpretation approach to determine whether to deduct CPP survivor death benefits from a damages award arising from a successful statutory action.<sup>2</sup> In doing so, this Court referred to the collateral benefits rule and the assessment of an award of damages in tort to inform its interpretation of the scope of the damages under the statute.

[32] In the tort context, the collateral benefits rule assists in fixing an award of damages. As a general rule, the compensation principle holds that an injured person should be compensated for the full amount of his or her loss but no more: *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940, at p. 948. Thus, some benefits received by an injured person as a result of the tort are deducted from a damages award in order to prevent overcompensation. However, the collateral benefits rule is an exception to this general principle. At common law, the collateral benefits rule acknowledges that it would be unfair to allow the tortfeasor to benefit from the insurance held by the plaintiff because he or she has paid premiums for the eventuality: *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.); *Bradburn v. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1.

<sup>2</sup> I note that under cl. 4(b) of the Endorsement, amounts actually recovered from a policy of insurance payable on death are not deductible from the amount owed to the eligible claimant under the Endorsement.

ce qui suit : [TRADUCTION] « Dans l’appréciation des dommages, il ne faut tenir compte d’aucune somme versée ou devant être versée au décès du défunt en vertu d’un contrat d’assurance. » La Cour a conclu que les prestations au titre du RPC « présentent un caractère tellement semblable aux contrats d’assurance ordinaires » qu’elles ne devraient pas être déduites du montant des dommages-intérêts adjugés à la personne qui a gain de cause dans une action prévue par la loi en question : *Gill*, p. 670.

[31] Cependant, l’arrêt *Gill* a été rendu dans un contexte très différent. Il y était question de l’interprétation d’une loi réparatrice. La Cour a appliqué une méthode d’interprétation large et libérale pour déterminer si les prestations de décès du RPC versées au survivant devaient être déduites du montant des dommages-intérêts adjugés à la personne qui a gain de cause dans une action prévue par la loi<sup>2</sup>. Ce faisant, la Cour a fait référence à la règle des prestations parallèles et à l’évaluation du montant des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle pour faciliter son interprétation de la portée des dommages-intérêts en vertu de la loi.

[32] En matière délictuelle, les tribunaux se fondent sur la règle des prestations parallèles pour établir le montant des dommages-intérêts. Généralement, selon le principe de l’indemnisation, une personne lésée devrait être indemnisée intégralement de sa perte, mais sans plus : *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940, p. 948. Ainsi, certaines prestations que touche une personne lésée par suite d’un délit civil sont déduites du montant des dommages-intérêts afin que soit évitée l’indemnisation excessive. Cependant, la règle des prestations parallèles constitue une exception à ce principe général. En common law, la règle des prestations parallèles tient compte du fait qu’il serait injuste de permettre à l’auteur du délit de bénéficier de l’assurance dont le plaignant est détenteur parce que ce dernier a payé des primes dans cette éventualité : *Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.); *Bradburn c. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1.

<sup>2</sup> Je fais remarquer que selon la cl. 4(b) de l’avenant, les montants effectivement recouverts d’une police d’assurance payables au décès ne sont pas déductibles du montant dû au demandeur admissible en application de l’avenant.

[33] This Court concluded in *Gill* that, for the purpose of the collateral benefits rule and the assessment of an award of damages in tort, CPP benefits were “an exact substitute for a privately arranged insurance policy”: p. 669. Thus, the Court referred to the collateral benefits rule to inform its interpretation of the statute and concluded that benefits under the CPP are “so much of the same nature as contracts of insurance” that they should not be deducted from a damages award arising from a successful statutory action under the *Families’ Compensation Act*.<sup>3</sup>

[34] In my view, the reasoning in *Gill* is not applicable here at the first stage of *Ledcor* and does not assist in interpreting this contract. *Gill* is confined to a distinct interpretive context far removed from the Endorsement at issue.

[35] First, it is wrong to rely on *Gill* to illustrate that insurance companies amended their policies in light of that judgment and thus intended to include CPP benefits. It cannot be assumed that the average person who applies to purchase this excess insurance policy would imbue the words in the Endorsement with knowledge of how they were interpreted by the courts for the purposes of provincial insurance legislation and the collateral benefits rule in tort. In this context, the purchaser is not someone with the specialized knowledge of related jurisprudence or of the objectives of the insurance industry. Thus, the history and intention of the insurance industry in drafting the Endorsement following *Gill* do not assist in the interpretation of this contract.

<sup>3</sup> This Court has also confirmed that similar benefits were not deductible from tort damages pursuant to the collateral benefits rule in tort. In *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359, the Court found that disability benefits received under a collective agreement were not deductible from an award of damages in tort.

[33] Dans *Gill*, la Cour a conclu que, pour l’application de la règle des prestations parallèles et l’évaluation du montant des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle, les prestations du RPC « remplace[nt] exactement une police d’assurance qui aurait été contractée [. . .] chez une compagnie d’assurance privée » : p. 669. La Cour a donc fait référence à la règle des prestations parallèles pour faciliter son interprétation de la loi et a conclu que les prestations versées au titre du RPC « présentent un caractère tellement semblable aux contrats d’assurance ordinaires » qu’elles ne devraient pas être déduites du montant des dommages-intérêts adjugés à la personne qui a gain de cause dans une action intentée en vertu de la loi *Families’ Compensation Act*.<sup>3</sup>

[34] À mon avis, le raisonnement dans *Gill* n’est pas applicable en l’espèce à la première étape du cadre d’analyse énoncé dans *Ledcor* et n’est pas utile à l’interprétation du contrat qui nous intéresse. L’arrêt *Gill* se limite à un contexte d’interprétation distinct très éloigné de l’avenant dont il est question.

[35] Premièrement, on aurait tort de se fonder sur l’arrêt *Gill* pour illustrer le fait que les compagnies d’assurance ont modifié leurs polices eu égard à ce jugement et qu’elles avaient donc l’intention d’inclure les prestations du RPC. On ne peut présumer qu’une personne ordinaire qui présente une demande en vue d’obtenir une telle police de garantie complémentaire comprendrait les mots de l’avenant au sens que leur donnent les tribunaux aux fins de l’application des lois provinciales en matière d’assurance et de la règle des prestations parallèles en matière délictuelle. Dans ce contexte, l’acheteur ne possède pas une connaissance spécialisée de la jurisprudence pertinente ou des objectifs des assureurs. Par conséquent, l’historique de l’avenant et l’intention des assureurs lors de sa rédaction suivant l’arrêt *Gill* ne sont pas utiles à l’interprétation de ce contrat.

<sup>3</sup> La Cour a également confirmé que des prestations semblables n’étaient pas déductibles des dommages-intérêts délictuels selon la règle des prestations parallèles en matière délictuelle. Dans *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359, la Cour a conclu que les prestations d’invalidité perçues dans le cadre d’une convention collective n’étaient pas déductibles du montant des dommages-intérêts accordés en matière délictuelle.

[36] Second, while the rationale and history of the collateral benefits rule is relevant to the determination of an appropriate award of damages, the fixing of the quantum of damages is not at issue in this contract. The amount that the appellant is entitled to receive in tort damages has already been determined by the court. The Endorsement designates this amount — the judgment — as the starting point for calculating the amount payable (cl. 2). In *Progressive Homes*, this Court reasoned that “[t]he focus of insurance policy interpretation should first and foremost be on the language of the policy at issue. General principles of tort law are no substitute for the language of the policy”: para. 35. Whether a contract prohibits overcompensation or double recovery beyond what has already been determined in tort for the purpose of fixing the legal judgment is a question resolved through principles of contract interpretation. To the extent that the language of the Endorsement precludes overcompensation resulting from recoverable amounts, it does so in the nine enumerated sources. There is no overcompensation or double recovery of the judgment debt under the Endorsement.

[37] Third, the decision in *Gill* is confined to a distinct statutory context. When interpreting a statute, the court searches for the intention of the legislature. In interpreting a standard form policy of insurance, the court is concerned with the ordinary meaning of the contract as it would be understood by the average insured.

[38] Similarly, the statutory context was relied upon by the Ontario Court of Appeal in *Gignac v. Neufeld* (1999), 43 O.R. (3d) 741. The regulation entitled *Uninsured Automobile Coverage*, R.R.O. 1990, Reg. 676, under the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, provided limited coverage in the event that an insured was injured by an uninsured motorist. The Court of Appeal reasoned that the clear legislative intention underlying the Regulation was to prevent double recovery and that therefore the CPP must fall within the ambit of a “policy of insurance” so that any CPP benefits would be deducted from the

[36] Deuxièmement, même si le fondement et l’historique de la règle des prestations parallèles sont pertinents pour établir le montant des dommages-intérêts qu’il convient d’accorder, l’établissement du montant des dommages-intérêts n’est pas en cause dans le contrat en l’espèce. Le montant de dommages-intérêts en responsabilité délictuelle auquel l’appellant a droit a déjà été établi par le tribunal. Ce montant — celui établi dans le jugement — est utilisé dans l’avenant comme point de départ pour calculer le montant payable (cl. 2). Dans *Progressive Homes*, la Cour a expliqué que « [l]’interprétation des polices d’assurance devrait d’abord et avant tout porter sur le libellé de la police en cause. Les principes généraux du droit de la responsabilité délictuelle ne sauraient remplacer le libellé de la police » : par. 35. La question de savoir si un contrat empêche l’indemnisation excessive ou la double indemnisation dépassant le montant déjà déterminé en matière délictuelle aux fins de l’établissement de la décision judiciaire doit être réglée au moyen des principes d’interprétation des contrats. Dans la mesure où le texte de l’avenant empêche l’indemnisation excessive découlant des montants recouvrables, il le fait dans le cas des neuf sources énumérées. Il n’y a pas d’indemnisation excessive ou de double indemnisation de la créance judiciaire en application de l’avenant.

[37] Troisièmement, la décision dans *Gill* se limite à un contexte législatif distinct. Lorsqu’elle interprète une loi, la cour se demande quelle était l’intention du législateur. Pour interpréter une police d’assurance type, la Cour doit examiner le sens ordinaire du contrat, tel qu’il serait compris par un assuré ordinaire.

[38] De même, la Cour d’appel de l’Ontario a invoqué le contexte législatif dans la décision *Gignac c. Neufeld* (1999), 43 O.R. (3d) 741. Dans cette affaire, le règlement 676, intitulé *Uninsured Automobile Coverage*, R.R.O. 1990, pris en application de la *Loi sur les assurances*, R.S.O. 1990, c. I.8, prévoyait une garantie limitée dans le cas où un assuré serait blessé par un automobiliste non assuré. La Cour d’appel a estimé que l’intention claire du législateur qui sous-tend le règlement était d’empêcher qu’il y ait double indemnisation et que, par conséquent, le RPC doit constituer une « police d’assurance »



damages owed to the insured. Like *Gill*, this interpretation relied upon the intent of the legislature and the statutory context.

[39] For these reasons, the meaning of “contract of assurance” in *Gill* — and of “policy of insurance” in *Gignac* — is confined to a distinct interpretive context and does not inform the ordinary meaning of “policy of insurance” in the Endorsement.

[40] In *Lapalme*, Chief Justice Drapeau correctly concludes that the ordinary meaning, and not *Gill*, governs the interpretation of “policy of insurance” under a standard form excess insurance policy:

The scheme by which disability benefits are recoverable under the *Canada Pension Plan* may well be a “substitute” for a disability insurance policy, “tantamount”, “comparable”, “similar” or “akin” to schemes under policies of disability insurance for the purposes of the collateral benefits rule in tort, but that does not morph the *Canada Pension Plan* into a “policy of insurance” for Clause 4(b)(vii) purposes. [Emphasis deleted; para. 94.]

[41] In sum, with respect to amounts that the eligible claimant is “entitled to recover”, cl. 4(b) specifies nine sources that give rise to deductions from the amount payable by the insurer, none of which include the CPP. The ordinary meaning of a “policy of insurance” in cl. 4(b)(vii) of the Endorsement is clear. It refers to a private insurance policy purchased by the insured. Portage has asked this Court to read into those clear words the jurisprudence related to the collateral benefits rule in tort so that a “policy of insurance” would also include the CPP regime. As noted above, I cannot agree. Thus, the ordinary meaning of the words “policy of insurance” in cl. 4(b)(vii) does not include the CPP regime.

de sorte que toute prestation du RPC serait déduite du montant des dommages-intérêts dus à l’assuré. Comme dans *Gill*, cette interprétation était fondée sur l’intention du législateur et le contexte législatif.

[39] Pour ces motifs, le sens de « contrat d’assurance » dans *Gill* — et de « police d’assurance » dans *Gignac* — se limite à un contexte interprétatif distinct, et ne permet pas d’éclairer le sens ordinaire de l’expression [TRADUCTION] « police d’assurance » dans l’avenant.

[40] Dans *Lapalme*, le juge en chef Drapeau a conclu, à juste titre, que le sens ordinaire, et non l’arrêt *Gill*, régit l’interprétation de l’expression « police d’assurance » aux termes d’une police type de garantie complémentaire :

Le mécanisme qui permet de recouvrer des prestations d’invalidité en vertu de la loi intitulée *Régime de pensions du Canada* peut fort bien « remplacer » une police d’assurance d’invalidité, « équivaloir », être « comparable », « semblable » ou « assimilable » aux mécanismes prévus par des polices d’assurance invalidité pour les fins de la règle de la source parallèle applicable en matière de responsabilité civile délictuelle, mais cela ne fait pas du *Régime de pensions du Canada* un « contrat d’assurance » pour les fins de la clause 4(b)(vii). [Soulignement omis; par. 94.]

[41] En résumé, en ce qui a trait aux montants que le demandeur admissible a « le droit de recouvrer », la cl. 4(b) précise neuf sources qui donnent lieu à des déductions du montant payable par l’assureur, et aucune ne comprend le RPC. Le sens ordinaire des mots [TRADUCTION] « police d’assurance » à la cl. 4(b)(vii) de l’avenant est clair. Il désigne une police d’assurance privée achetée par l’assuré. Portage a demandé à la Cour de donner à cette expression claire le sens reconnu dans la jurisprudence relative à la règle des prestations parallèles en matière délictuelle, de sorte qu’une « police d’assurance » comprendrait également le RPC. Comme il est indiqué ci-dessus, je ne suis pas de cet avis. Ainsi, le sens ordinaire des mots « police d’assurance » à la cl. 4(b)(vii) ne comprend pas le RPC.

[42] The clear language of the provision, reading the contract as a whole, is unambiguous. There are no “two reasonable but differing interpretations of the policy”: B. Billingsley, *General Principles of Canadian Insurance Law* (2nd ed. 2014), at p. 147; *Chilton v. Co-Operators General Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 161 (C.A.), at p. 169. The mere articulation of a differing interpretation does not always establish the reasonableness of that interpretation and does not necessarily create ambiguity.

#### V. Conclusion

[43] Canada Pension Plan disability benefits are not disability benefits from a “policy of insurance” within the meaning of cl. 4(b)(vii) of the SEF 44 Endorsement. Thus, future CPP disability benefits are not deductible from the amounts payable by the insurer under the Endorsement.

[44] I would allow the appeal with costs to the appellant in this Court and the Nova Scotia Court of Appeal.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Kimball Brogan, Wolfville, Nova Scotia.*

*Solicitors for the respondent: Stewart McKelvey, Halifax.*

[42] Le texte clair de la disposition, compte tenu du contrat dans son ensemble, n’est pas ambigu. Il n’y a pas [TRADUCTION] « deux interprétations raisonnables mais divergentes de la police » : B. Billingsley, *General Principles of Canadian Insurance Law* (2<sup>e</sup> éd. 2014), p. 147; *Chilton c. Co-Operators General Insurance Co.* (1997), 32 O.R. (3d) 161 (C.A.), p. 169. La simple expression d’une interprétation différente n’établit pas toujours le caractère raisonnable de cette interprétation et ne crée pas nécessairement d’ambiguïté.

#### V. Conclusion

[43] Les prestations du Régime de pensions du Canada ne sont pas des prestations d’invalidité au titre d’une [TRADUCTION] « police d’assurance » au sens de la cl. 4(b)(vii) de l’avenant SEF 44. Ainsi, les futures prestations d’invalidité du RPC ne sont pas déductibles des montants payables par l’assureur en application de l’avenant.

[44] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur de l’appelant devant notre Cour et devant la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l’appelant : Kimball Brogan, Wolfville, Nouvelle-Écosse.*

*Procureurs de l’intimée : Stewart McKelvey, Halifax.*

**Corporation of the City of Nelson** *Appellant*

v.

**Mary Geraldine Mowatt and  
Earl Wayne Mowatt** *Respondents*

and

**Attorney General of British Columbia**  
*Intervener*

**INDEXED AS: NELSON (CITY) v. MOWATT**

**2017 SCC 8**

File No.: 36999.

2016: October 7; 2017: February 17.

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

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

*Property — Real property — Adverse possession — Required elements — Successive occupants — Possessors of land alleging that their predecessors acquired title to disputed lot by adverse possession and seeking declaration that they are owners of lot — Chambers judge found gap in evidence for period of four years interrupted continuity of adverse possession — Whether evidence put before chambers judge was sufficient to bridge evidentiary gap — Whether Court of Appeal erred by substituting its own findings of fact for those properly arrived at by chambers judge — Whether inconsistent use requirement forms part of law of British Columbia.*

The Mowatts claim title to a parcel of land located in Nelson, British Columbia. While they took possession of the disputed lot in 1992, their claim rests upon continuous adverse possession thereof by three families in succession, beginning in the early 20th century. To enforce their claim, the Mowatts brought two proceedings: an action for a declaration that the provincial Crown, which holds registered title, does not own the disputed lot and therefore could not transfer it to the City of Nelson; and a petition for judicial investigation under the *Land Title*

**Corporation of the City of Nelson** *Appelante*

c.

**Mary Geraldine Mowatt et  
Earl Wayne Mowatt** *Intimés*

et

**Procureur général de la Colombie-  
Britannique** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : NELSON (CITY) c. MOWATT**

**2017 CSC 8**

N° du greffe : 36999.

2016 : 7 octobre; 2017 : 17 février.

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

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

*Biens — Biens réels — Possession adversative — Éléments exigés — Occupants successifs — Allégation par les possesseurs d'un bien-fonds que leurs prédécesseurs avaient acquis le lot en litige par possession adversative et sollicitation de leur part d'une déclaration attestant de leur statut de propriétaire du lot — Lacune dans la preuve quant à quatre années d'interruption de la continuité de la possession adversative selon le juge en cabinet — La preuve présentée au juge en cabinet était-elle suffisante pour pallier la lacune de la preuve? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant ses propres conclusions de fait à celles qu'a correctement tirées le juge en cabinet? — L'exigence de l'usage incompatible fait-elle partie du droit de la Colombie-Britannique?*

Les Mowatt revendiquent la propriété d'une parcelle de terrain située à Nelson en Colombie-Britannique. Bien qu'ils aient pris possession de ce lot en 1992, leur revendication est fondée sur la possession adversative continue du bien-fonds en question par trois familles, de façon successive, depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle. Afin de faire valoir cette revendication, les Mowatt ont intenté deux recours : une action en vue d'obtenir un jugement déclarant que la Couronne provinciale — qui détient le titre enregistré — n'est pas propriétaire du lot en litige

*Inquiry Act* into their title to the disputed lot. The chambers judge granted the City's summary trial application to dismiss both proceedings, pointing to an evidentiary gap — an interruption in the continuity of adverse possession running from approximately 1916 to 1920. The Court of Appeal reversed, finding that the chambers judge had erred in his treatment of the evidence of continuous occupation, and concluding that continuous adverse possession of the disputed lot was demonstrated from December 1909 to at least February 1923. The Court of Appeal also held that lack of registration did not prevent the transfer to the Mowatts of their predecessor's interest in the disputed lot, and that the law of British Columbia does not require the Mowatts to demonstrate that their use of the disputed lot was inconsistent with the intended use of the true owner.

*Held:* The appeal should be allowed.

Adverse possession is a long-standing common law device by which the right of the prior possessor of land, typically the holder of registered title, may be displaced by a trespasser whose possession of the land goes unchallenged for a prescribed period of time. To meet the test of establishing adverse possession, the act of possession must be open and notorious, adverse, exclusive, peaceful, actual and continuous. The adverse possessor who successfully obtains title need not always be the same person whose adverse possession triggered the running of the limitation period. The inconsistent use doctrine, that is, that the possessor's use of the disputed lot must have been inconsistent with the true owner's present or future enjoyment of the land, does not accord with the legislation in the province of British Columbia and therefore, the inconsistent use requirement forms no part of the law of British Columbia governing adverse possession.

The burden lay with the Mowatts to demonstrate continuous possession on the balance of probabilities, and not with the City to demonstrate abandonment. No legal significance lies in the absence of an explicit finding of abandonment by the chambers judge. It follows from his finding here that continuous possession of the disputed lot was not established beyond January 1916, that it was abandoned. Possession does not require continuous occupation, as the common law recognizes that a person may possess land in a manner sufficient to support a claim to title while

et que, par conséquent, elle ne pouvait le transférer à la ville de Nelson, et une requête sollicitant, en vertu de la *Land Title Inquiry Act*, une enquête judiciaire au sujet de leur titre sur le lot en litige. Le juge en cabinet a accueilli la requête en procès sommaire de la ville de Nelson en vue de faire rejeter les deux recours, relevant une lacune de la preuve — c'est-à-dire une interruption dans la continuité de la possession adversative depuis environ 1916 jusqu'en 1920. La Cour d'appel a infirmé cette décision, estimant que le juge en cabinet avait mal apprécié la preuve relative à l'occupation continue et concluant que la possession adversative continue du lot en litige avait été établie à tout le moins pour la période allant de décembre 1909 à février 1923. La Cour d'appel a également conclu que l'absence d'un enregistrement n'empêchait pas le transfert aux Mowatt des droits que leur prédécesseur détenait quant au lot en litige, et que les règles de droit de la Colombie-Britannique n'exigeaient pas qu'ils établissent l'incompatibilité de leur usage de ce lot avec celui que comptait en faire son véritable propriétaire.

*Arrêt :* L'appel est accueilli.

La possession adversative découle d'une règle de common law bien établie selon laquelle l'intrus qui a la possession d'un bien-fonds sans que celle-ci soit contestée pendant une période prescrite peut supplanter le possesseur précédent, habituellement le détenteur du titre enregistré. Pour satisfaire au test applicable afin d'établir la possession adversative, la possession doit être publique et notoire, adversative, exclusive, paisible, réelle et continue. Le possesseur adversatif qui a finalement gain de cause n'est pas toujours celui dont la conduite a commencé à faire courir le délai de prescription. La doctrine de l'usage incompatible, c'est-à-dire celle suivant lequel l'usage du lot en litige par le ou les possesseurs devrait avoir été incompatible avec la jouissance actuelle ou future du bien-fonds par le véritable propriétaire, n'est pas compatible avec la législation de la province de la Colombie-Britannique et, par conséquent, l'exigence de l'usage incompatible ne fait pas partie du droit de cette juridiction régissant la possession adversative.

Il incombait aux Mowatt de faire la preuve de la possession continue selon la prépondérance des probabilités, et non à la ville de démontrer qu'il y avait eu abandon. L'absence de conclusion explicite par le juge en cabinet d'un abandon n'a donc aucune importance sur le plan juridique. Il découle du constat que la possession continue du lot en litige n'a pas été établie pour la période postérieure à janvier 1916, qu'il a été abandonné. L'occupation n'a pas à être continue pour qu'il y ait possession. En effet, en common law, une personne peut avoir une possession

choosing to use it intermittently or sporadically. That is, property can be possessed without being at all times occupied. While the chambers judge occasionally referred to possession and occupation seemingly interchangeably, it is apparent that he knew he was to look for continuous possession, not occupation. The meaning of the two concepts essentially overlapped on the facts of this claim, and there is no error in the chambers judge's application of the test for adverse possession arising from his occasional references to occupation.

While the Court of Appeal's finding of fact that adverse possession of the dispute lot was continuous from December 1909 to at least February 1923 is not unreasonable, the possibility of alternative findings based on different ascriptions of weight presents no basis for overturning the findings of a fact-finder. It is not the role of appellate courts to second-guess the weight to be assigned to the various items of evidence. Absent palpable and overriding error — that is, absent an error that is plainly seen and has affected the result — an appellate court may not upset a fact-finder's findings of fact. The Court of Appeal erred by interfering with a factual finding where its objection, in substance, stemmed from a difference of opinion over the weight to be assigned to the evidence. In the context of historical adverse possession claims, the quality of the supporting evidence must be merely as satisfactory as could reasonably be expected, having regard to all the circumstances. The chambers judge in this case, in considering the evidence before him, was carefully attuned to the historical nature of the claim and to its implications for the quality and availability of evidence. The chambers judge, having held two hearings, and having carefully canvassed the evidence in cogent and thorough reasons for judgment, reached findings that were available to him on the evidence. Those findings should not have been disturbed. Given the chambers judge's finding that no interest in the disputed lot was acquired by adverse possession, it is unnecessary to address whether the Mowatts' claim was defeated for lack of registration.

### Cases Cited

**Considered:** *Dominion Atlantic Railway Co. v. Halifax and South Western Railway Co.*, [1947] S.C.R. 107;

suffisante pour fonder un titre tout en utilisant la propriété en question de façon intermittente ou sporadique. C'est-à-dire qu'il est possible d'avoir la possession d'une propriété sans l'occuper en tout temps. Même si le juge en cabinet a fait occasionnellement référence à la possession et à l'occupation, semble-t-il de manière interchangeable, il savait manifestement que c'était de possession continue qu'il devait se préoccuper et non pas d'occupation. Il y a eu chevauchement des deux concepts en ce qui a trait aux faits mis en preuve en l'espèce et la mention occasionnelle de l'occupation par le juge en cabinet n'a pas donné lieu à une erreur de sa part dans le contexte de l'application du test relatif à la possession adversative.

S'il est vrai que la conclusion de fait de la Cour d'appel selon laquelle la possession adversative du lot en litige a été continue de décembre 1909 jusqu'à au moins février 1923 n'est pas déraisonnable, la possibilité que les conclusions à tirer de la preuve puissent varier en fonction du poids attribué à l'un ou l'autre des éléments qui la constituent ne justifie pas d'infirmer les conclusions du juge des faits. Il n'appartient pas aux cours d'appel de remettre en question le poids attribué aux différents éléments de preuve. En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, c'est-à-dire une erreur qui est évidente et qui a eu une incidence sur le résultat, la cour d'appel ne peut modifier les conclusions de fait du juge des faits. La Cour d'appel a donc commis une erreur en modifiant une conclusion factuelle essentiellement sur la base d'une divergence d'opinions quant au poids à attribuer aux différents éléments de preuve. Dans le contexte de réclamations fondées sur la possession adversative historique d'un bien-fonds, la qualité de la preuve présentée doit simplement être aussi satisfaisante que ce à quoi il est raisonnable de s'attendre compte tenu de l'ensemble des circonstances. En l'espèce, lorsqu'il a examiné la preuve portée à son attention, le juge en cabinet était bien conscient de la nature historique de la revendication et de ses incidences sur la qualité et sur la disponibilité des éléments de preuve. Ayant tenu deux audiences et ayant analysé avec soin la preuve dans ses deux décisions convaincantes et détaillées, le juge en cabinet a tiré des conclusions que la preuve lui permettait de tirer. Ces conclusions n'auraient donc pas dû être modifiées. Compte tenu de la conclusion du juge en cabinet selon laquelle aucun droit n'a été acquis par possession adversative quant au lot en litige, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si l'absence d'enregistrement fait obstacle à la revendication des Mowatt.

### Jurisprudence

**Arrêts examinés :** *Dominion Atlantic Railway Co. c. Halifax and South Western Railway Co.*, [1947] R.C.S.

*Ocean Harvesters Ltd. v. Quinlan Brothers Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 684; **referred to:** *The Queen v. Lincoln Mining Syndicate Ltd.*, [1959] S.C.R. 736; *Leigh v. Jack* (1879), 5 Ex. Div. 264; *Keefer v. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680; *Fletcher v. Storoschuk* (1981), 35 O.R. (2d) 722; *John Austin & Sons Ltd. v. Smith* (1982), 35 O.R. (2d) 272; *Masidon Investments Ltd. v. Ham* (1984), 45 O.R. (2d) 563; *Gorman v. Gorman* (1998), 110 O.A.C. 87; *Brisebois v. Chamberland* (1990), 1 O.R. (3d) 417; *Hodkin v. Bigley* (1998), 20 R.P.R. (3d) 9; *Elliott v. Woodstock Agricultural Society*, 2008 ONCA 648, 92 O.R. (3d) 711; *Spicer v. Bowater Mersey Paper Co.*, 2004 NSCA 39, 222 N.S.R. (2d) 103; *MacKinnon, Re*, 2003 PESCAD 17, 226 Nfld. & P.E.I.R. 293; *Lutz v. Kawa*, 1980 ABCA 112, 23 A.R. 9; *Maher v. Bussey*, 2006 NLCA 28, 256 Nfld. & P.E.I.R. 308; *J. A. Pye (Oxford) Ltd. v. Graham*, [2002] UKHL 30, [2003] 1 A.C. 419; *Lord Advocate v. Lord Lovat* (1880), 5 App. Cas. 273; *Sherren v. Pearson* (1887), 14 S.C.R. 581; *Handley v. Archibald* (1899), 30 S.C.R. 130; *Wood v. LeBlanc* (1904), 34 S.C.R. 627; *Hamilton v. The King* (1917), 54 S.C.R. 331; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720; *Tweedie v. The King* (1915), 52 S.C.R. 197; *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway*, [1906] A.C. 204.

### Statutes and Regulations Cited

*Escheats Act*, R.S.B.C. 1924, c. 81, s. 3A [am. 1924, c. 18, s. 2].  
*Escheats Act Amendment Act, 1924*, S.B.C. 1924, c. 18, s. 2.  
*Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, s. 8  
*Land Act*, S.B.C. 1970, c. 17, s. 6.  
*Land Title Act*, R.S.B.C. 1996, c. 250, s. 20.  
*Land Title Inquiry Act*, R.S.B.C. 1996, c. 251, ss. 8(c), 11.  
*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 2.  
*Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 14(5).  
*Limitation Act, 1623* (Eng.), 21 Jas. 1, c. 16.  
*Limitation of Actions (Realty) Act*, R.S.N. 1952, c. 145.  
*Limitations Act*, S.B.C. 1975, c. 37.  
*Real Property Limitation Act, 1833* (U.K.), 3 & 4 Will. 4, c. 27.  
*Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, c. 123.  
*Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1924, c. 145, ss. 16, 17.  
*Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, s. 48.

107; *Ocean Harvesters Ltd. c. Quinlan Brothers Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 684; **arrêts mentionnés :** *The Queen c. Lincoln Mining Syndicate Ltd.*, [1959] R.C.S. 736; *Leigh c. Jack* (1879), 5 Ex. Div. 264; *Keefer c. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680; *Fletcher c. Storoschuk* (1981), 35 O.R. (2d) 722; *John Austin & Sons Ltd. c. Smith* (1982), 35 O.R. (2d) 272; *Masidon Investments Ltd. c. Ham* (1984), 45 O.R. (2d) 563; *Gorman c. Gorman* (1998), 110 O.A.C. 87; *Brisebois c. Chamberland* (1990), 75 O.R. (2d) 332; *Hodkin c. Bigley* (1998), 20 R.P.R. (3d) 9; *Elliott c. Woodstock Agricultural Society*, 2008 ONCA 648, 92 O.R. (3d) 711; *Spicer c. Bowater Mersey Paper Co.*, 2004 NSCA 39, 222 N.S.R. (2d) 103; *MacKinnon, Re*, 2003 PESCAD 17, 226 Nfld. & P.E.I.R. 293; *Lutz c. Kawa*, 1980 ABCA 112, 23 A.R. 9; *Maher c. Bussey*, 2006 NLCA 28, 256 Nfld. & P.E.I.R. 308; *J. A. Pye (Oxford) Ltd. c. Graham*, [2002] UKHL 30, [2003] 1 A.C. 419; *Lord Advocate c. Lord Lovat* (1880), 5 App. Cas. 273; *Sherren c. Pearson* (1887), 14 R.C.S. 581; *Handley c. Archibald* (1899), 30 R.C.S. 130; *Wood c. LeBlanc* (1904), 34 R.C.S. 627; *Hamilton c. The King* (1917), 54 R.C.S. 331; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720; *Tweedie c. The King* (1915), 52 R.C.S. 197; *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway*, [1906] A.C. 204.

### Lois et règlements cités

*Escheats Act*, R.S.B.C. 1924, c. 81, art. 3A [mod. 1924, c. 18, art. 2].  
*Escheats Act Amendment Act, 1924*, S.B.C. 1924, c. 18, art. 2  
*Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, art. 8.  
*Land Act*, S.B.C. 1970, c. 17, art. 6.  
*Land Title Act*, R.S.B.C. 1996, c. 250, art. 20.  
*Land Title Inquiry Act*, R.S.B.C. 1996, c. 251, art. 8(c), 11.  
*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, art. 2.  
*Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, art. 14(5).  
*Limitation Act, 1623* (Angl.), 21 Jas. 1, c. 16.  
*Limitation of Actions (Realty) Act*, R.S.N. 1952, c. 145.  
*Limitations Act*, S.B.C. 1975, c. 37.  
*Real Property Limitation Act, 1833* (R.-U.), 3 & 4 Will. 4, c. 27.  
*Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, c. 123.  
*Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1924, c. 145, art. 16, 17.  
*Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, art. 48.

**Authors Cited**

*Anger & Honsberger Law of Real Property*, 3rd ed., by Anne Warner La Forest, ed. Toronto: Canada Law Book, 2016 (loose-leaf updated September 2016, release 16).

Lubetsky, Michael H. “Adding Epicycles: The Inconsistent Use Test in Adverse Possession Law” (2009), 47 *Osgoode Hall L.J.* 497.

Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.

APPEAL from two judgments of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Chiasson and Harris J.J.A.), 2016 BCCA 113, 83 B.C.L.R. (5th) 396, 384 B.C.A.C. 101, 663 W.A.C. 101, 395 D.L.R. (4th) 432, 46 M.P.L.R. (5th) 27, 63 R.P.R. (5th) 8, [2016] 8 W.W.R. 63, [2016] B.C.J. No. 474 (QL), 2016 CarswellBC 611 (WL Can.), setting aside two decisions of Kelleher J., 2014 BCSC 988, 25 M.P.L.R. (5th) 79, 46 R.P.R. (5th) 217, [2014] B.C.J. No. 1104 (QL), 2014 CarswellBC 1580 (WL Can.), and 2014 BCSC 2219, [2014] B.C.J. No. 2907 (QL), 2014 CarswellBC 3538 (WL Can.). Appeal allowed.

*Ryan D. W. Dalziel, A. Scott McW. Boucher and Daniel R. Bennett, Q.C.*, for the appellant.

*K. Michael Stephens, Stephanie McHugh and Ryan J. M. Androsoff*, for the respondents.

*Barbara Carmichael and Cory R. Borgen*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

BROWN J. —

### I. Introduction

[1] This appeal concerns the law of adverse possession in British Columbia. The respondents, Mary Mowatt and Earl Mowatt, claim title to a parcel of land located at 1114 Beatty Avenue, in Nelson, British Columbia (“disputed lot”). While they took possession of the disputed lot in 1992, their claim

**Doctrine et autres documents cités**

*Anger & Honsberger Law of Real Property*, 3rd ed., by Anne Warner La Forest, ed., Toronto, Canada Law Book, 2016 (loose-leaf updated September 2016, release 16).

Lubetsky, Michael H. « Adding Epicycles : The Inconsistent Use Test in Adverse Possession Law » (2009), 47 *Osgoode Hall L.J.* 497.

Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.

POURVOI contre deux arrêts de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Chiasson et Harris), 2016 BCCA 113, 83 B.C.L.R. (5th) 396, 384 B.C.A.C. 101, 663 W.A.C. 101, 395 D.L.R. (4th) 432, 46 M.P.L.R. (5th) 27, 63 R.P.R. (5th) 8, [2016] 8 W.W.R. 63, [2016] B.C.J. No. 474 (QL), 2016 CarswellBC 611 (WL Can.), qui ont infirmé deux décisions du juge Kelleher, 2014 BCSC 988, 25 M.P.L.R. (5th) 79, 46 R.P.R. (5th) 217, [2014] B.C.J. No. 1104 (QL), 2014 CarswellBC 1580 (WL Can.), et 2014 BCSC 2219, [2014] B.C.J. No. 2907 (QL), 2014 CarswellBC 3538 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Ryan D. W. Dalziel, A. Scott McW. Boucher et Daniel R. Bennett, c.r.*, pour l’appelante.

*K. Michael Stephens, Stephanie McHugh et Ryan J. M. Androsoff*, pour les intimés.

*Barbara Carmichael et Cory R. Borgen*, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BROWN —

### I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur les règles de droit régissant la possession adversative en Colombie-Britannique. Les intimés, Mary Mowatt et Earl Mowatt, revendiquent la propriété d’une parcelle de terrain située au 1114, avenue Beatty, à Nelson en Colombie-Britannique (« lot en litige »).

rests upon what they say is continuous adverse possession thereof by three families in succession, beginning in the early 20th century. To enforce that claim, the Mowatts brought two proceedings: an action for a declaration that the provincial Crown, which holds registered title, does not own the disputed lot and therefore could not transfer it to the appellant, City of Nelson (“City”); and a petition for judicial investigation under the *Land Title Inquiry Act*, R.S.B.C. 1996, c. 251, into their title to the disputed lot.

[2] The chambers judge granted the City’s summary trial application to dismiss both proceedings, pointing to what he characterized as an “evidentiary gap” — that is, an interruption in the continuity of adverse possession, running from approximately 1916 to 1920. The Court of Appeal reversed, finding that the chambers judge had erred in his treatment of the evidence of continuous occupation, and concluding that continuous adverse possession of the disputed lot was demonstrated from December 1909 to at least February 1923. In response to the City’s submissions, the Court of Appeal also held that lack of registration did not prevent the transfer to the Mowatts of their predecessor’s interest in the disputed lot, and that the law of British Columbia does not require the Mowatts to demonstrate that their use of the disputed lot was inconsistent with the intended use of the “true owner”.

[3] For the reasons that follow, I would allow the appeal. The Court of Appeal correctly held that the inconsistent use requirement forms no part of British Columbia law governing the proof of adverse possession. That said, the Court of Appeal, in my respectful view, erred by substituting its own findings of fact for those properly arrived at by the chambers judge. In light of that conclusion, it is unnecessary for me to address arguments regarding the significance, if any, of the fact that the purported transfer of the disputed

Bien qu’ils aient pris possession de ce lot en 1992, les intimés fondent leur revendication sur ce qu’ils appellent la possession adversative continue du bien-fonds en question par trois familles, de façon successive, depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle. Afin de faire valoir cette revendication, les Mowatt ont intenté deux recours : une action en vue d’obtenir un jugement déclarant que la Couronne provinciale — qui détient le titre enregistré — n’est pas propriétaire du lot en litige et que, par conséquent, elle ne pouvait le transférer à l’appelante, la ville de Nelson (« ville »), et une requête sollicitant, en vertu de la *Land Title Inquiry Act*, R.S.B.C. 1996, c. 251, une enquête judiciaire au sujet de leur titre sur le lot en litige.

[2] Le juge en cabinet a accueilli la requête en procès sommaire de la ville de Nelson en vue de faire rejeter les deux recours, relevant ce qu’il a appelé une [TRADUCTION] « lacune de la preuve » — c’est-à-dire une interruption dans la continuité de la possession adversative depuis environ 1916 jusqu’en 1920. La Cour d’appel a infirmé cette décision, estimant que le juge en cabinet avait mal apprécié la preuve relative à l’occupation continue et concluant que la possession adversative continue du lot en litige avait été établie à tout le moins pour la période allant de décembre 1909 à février 1923. En réponse aux observations de la ville, la Cour d’appel a également conclu que l’absence d’un enregistrement n’empêchait pas le transfert aux Mowatt des droits que leur prédécesseur détenait quant au lot, et que les règles de droit de la Colombie-Britannique n’exigeaient pas qu’ils établissent l’incompatibilité de leur usage du lot en litige avec celui qui comptait en faire son « véritable propriétaire ».

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi. La Cour d’appel a eu raison de conclure que l’exigence de l’usage incompatible ne fait pas partie des règles de droit de la Colombie-Britannique régissant la preuve de la possession adversative. Soit dit en tout respect, la Cour d’appel a toutefois commis une erreur en substituant ses propres conclusions de fait à celles auxquelles était parvenu à bon droit le juge en cabinet. À la lumière de cette conclusion, il n’est pas nécessaire



lot was not registered in accordance with British Columbia's land titles system.

## II. Overview of Facts and Proceedings

### A. *Background*

[4] The Mowatts are the registered owners of 1112 Beatty Avenue (“registered lot”), situated immediately to the west of the disputed lot. No visible boundary separates the lots. Indeed, both lots had originally comprised part of a larger single lot, title to which was registered in absolute fee in 1891 by the Nelson City Land and Improvement Company (“land company”). That registration showed the lot as being located in Fairview, which was incorporated into the City of Nelson in April 1921.

[5] In 1920, the land company transferred a parcel of land, including what is now the registered lot, to John Annable, who registered his title in in-defeasible fee. Annexed to the deed on registration was Reference Plan No. 89281, which purported to dedicate the disputed lot as a road allowance. Unbeknownst to both the land company and Mr. Annable, that dedication was invalid for lack of compliance with the relevant statutory requirements, leaving the land company as the registered owner of the disputed lot in absolute fee.

[6] In 1922, Mr. Annable transferred a portion of his lot to Herbert Thorpe. This transaction created the registered lot.

[7] Still operating under the misapprehension that it had validly dedicated the disputed lot as a road allowance, the land company in 1929 notified British Columbia's registrar of companies that it had “disposed of its assets several years ago to [Mr. Annable]”.

que je me penche sur les observations relatives à l'importance, le cas échéant, du fait que le transfert allégué du lot en litige n'a pas été enregistré conformément au système britanno-colombien d'enregistrement des titres fonciers.

## II. Aperçu des faits et décisions des juridictions d'instances inférieures

### A. *Contexte*

[4] Les Mowatt sont les propriétaires inscrits de la propriété située au 1112 de l'avenue Beatty (« lot enregistré »), qui se trouve juste à l'ouest du lot en litige. Aucune limite visible ne sépare les lots. De fait, à l'origine, les deux lots faisaient partie d'un seul lot plus grand sur lequel la Nelson City Land and Improvement Company (« société foncière ») avaient enregistré un titre en fief absolu en 1891. Selon cet enregistrement, le lot était situé dans la municipalité de Fairview, qui a été fusionnée à la ville de Nelson en avril 1921.

[5] En 1920, la société foncière a transféré une parcelle de terrain, y compris le lot qui correspond aujourd'hui au lot enregistré, à John Annable, qui a enregistré sur celui-ci un titre inattaquable. L'acte d'enregistrement comportait en annexe le plan de renvoi n° 89281, selon lequel le lot en litige devait devenir une emprise de voirie. Puisque les exigences législatives applicables n'avaient pas été respectées, cette affectation était toutefois invalide — ce qu'ignoraient tant M. Annable que la société foncière —, de sorte que cette dernière est demeurée le détenteur inscrit d'un titre en fief absolu sur le lot en litige.

[6] En 1922, M. Annable a transféré une partie de son lot à Herbert Thorpe. C'est ce transfert qui est à l'origine du lot enregistré.

[7] En 1929, croyant toujours qu'elle avait valablement réservé le lot en litige à titre d'emprise de voirie, la société foncière a avisé le directeur du registre des sociétés de la Colombie-Britannique qu'elle avait [TRADUCTION] « vendu ses éléments

The land company dissolved in 1930, and the disputed lot escheated to the Crown in 1930 or 1931.<sup>1</sup>

[8] The Mowatts' claim to ownership of the disputed lot rests substantially upon what they say was its continuous adverse possession by three successive families: the Coopers, the Gouchers, and the Thorpes. There is no dispute that each of these families resided on the disputed lot, although for just how long they did so is contested in the case of the Coopers and the Gouchers. Certain findings by the chambers judge, however, help to establish a general chronology:

- (1) From as early as 1909 until January 1916 (when he moved to Australia), George W. Cooper ("George W.") lived in a residence on the disputed lot with his family.
- (2) After George W. moved to Australia, his son George R. Cooper ("George R.") remained in the Kootenay region of British Columbia with his wife Carrie and their children.

<sup>1</sup> Before the chambers judge, the parties were divided as to whether escheat would have occurred immediately upon the land company's dissolution, or one year later. This issue arose from s. 3A of the *Escheats Act*, R.S.B.C. 1924, c. 81 (as amended by *Escheats Act Amendment Act, 1924*, S.B.C. 1924, c. 18, s. 2), which (1) prohibited the Lieutenant-Governor in Council, for a period of one year from the date of the dissolution of a corporation, from dealing with any of that corporation's lands which had escheated to the Crown; and (2) provided that, were the corporation to revive within that year, such lands would automatically vest in the corporation. The Mowatts, relying upon *The Queen v. Lincoln Mining Syndicate Ltd.*, [1959] S.C.R. 736, argued that escheat would have occurred only upon the Crown's interest becoming "absolute" (when the one year period for reversal by corporate revival had passed). The provincial Crown, which (while not an appellant before this Court) was a defendant to the action and a respondent to the petition, says the disputed lot escheated in 1930, although vesting would have been delayed for a year. It suffices here to observe, as the chambers judge did (at para. 51), that the disputed lot became Crown land in 1930 or 1931.

d'actif voilà plusieurs années à [M. Annable] ». La société foncière a été dissoute en 1930 et le lot en litige a échu par déshérence à la Couronne en 1930 ou en 1931<sup>1</sup>.

[8] La revendication du titre des Mowatt sur le lot en litige repose essentiellement sur ce qu'ils disent avoir été la possession adversative continue du lot par trois familles successivement : les Cooper, les Goucher et les Thorpe. Il est indéniable que chacune de ces familles a demeuré sur le lot en litige, mais la durée de leur présence est contestée dans le cas des Cooper et des Goucher. Certaines conclusions du juge en cabinet permettent toutefois d'établir une chronologie générale des événements :

- (1) Depuis aussi tôt que 1909 jusqu'en janvier 1916 (lorsqu'il a déménagé en Australie), George W. Cooper (« George W. ») a vécu avec sa famille dans une résidence située sur le lot en litige.
- (2) Après le départ de George W. pour l'Australie, son fils George R. Cooper (« George R. ») est resté dans la région de Kootenay, en Colombie-Britannique, avec son épouse Carrie

<sup>1</sup> Devant le juge en cabinet, les parties ne s'entendaient pas sur la question de savoir si la dévolution par déshérence était survenue dès la dissolution de la société foncière ou un an plus tard. Cette question se posait en raison de l'art. 3A de l'*Escheats Act*, R.S.B.C. 1924, c. 81 (telle qu'elle a été modifiée par l'*Escheats Act Amendment Act, 1924*, S.B.C. 1924, c. 18, art. 2), qui (1) interdisait au lieutenant-gouverneur en conseil, pendant une période d'un an suivant la date de dissolution d'une société, d'effectuer des transactions relatives aux biens-fonds de cette dernière qui lui avaient été dévolus par déshérence, et (2) prévoyait que, si la société était reconstituée au cours de la même année, les biens-fonds lui seraient rétrocédés de plein droit. Invoquant l'arrêt *The Queen v. Lincoln Mining Syndicate Ltd.*, [1959] R.C.S. 736, les Mowatt ont soutenu que la dévolution par déshérence serait probablement survenue uniquement lorsque le droit de la Couronne devenait « absolu » (soit après l'expiration de la période d'un an fixée pour la rétrocession par suite de la reconstitution de la société). La Couronne provinciale, qui (même si elle n'était pas appelante devant la Cour) était défenderesse dans l'action et intimée dans la requête, affirme que le lot en litige a été acquis par déshérence en 1930, malgré le fait que la transmission du titre aurait été retardée d'un an. Il suffit ici de souligner, comme l'a fait le juge en cabinet (au par. 51), que le lot en litige est devenu un bien-fonds de la Couronne en 1930 ou en 1931.

George R. worked at the smelter in Trail, British Columbia from February 1917 until his death in February 1918.

- (3) Frank and Mary Goucher lived in the residence on the disputed lot for some period after the Coopers left, and before the Thorpes arrived in 1922. Evidence before the chambers judge (the Fairview voters' list) placed them in Fairview in November 1920, while a record of their son's attendance at school in Fairview as well as their absence from the Nelson voter's list suggested their presence in Fairview in 1919.
- (4) In 1922, Herbert Thorpe purchased the registered lot. While building the stone house that currently stands there, he rented the residence on the disputed lot from Mr. Goucher and lived there until the residence burnt down in 1923.
- (5) In 1959, Mr. Thorpe transferred the registered lot to his children. His daughter, Gwen Marquis, transferred it to the Mowatts in 1992.

#### B. *Judicial History*

- (1) Supreme Court of British Columbia — 2014 BCSC 988, 25 M.P.L.R. (5th) 79 and 2014 BCSC 2219

[9] Acquisition of title to land in British Columbia by adverse possession was abolished on July 1, 1975 with the coming into force of the *Limitations Act*, S.B.C. 1975, c. 37. Title to land acquired by adverse possession *before* July 1, 1975, however, was preserved and could continue to be claimed, subject to the ability of the holder of registered title to bring a proceeding enforcing his or her rights within the applicable limitation period: *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 14(5).

et leurs enfants. George R. a travaillé à la fonderie de Trail, en Colombie-Britannique, de février 1917 jusqu'à son décès en février 1918.

- (3) Après le départ des Cooper et avant l'arrivée des Thorpe, en 1922, Frank et Mary Goucher ont vécu quelque temps dans la résidence située sur le lot en litige. Selon la preuve présentée devant le juge en cabinet (soit la liste électorale de Fairview), ils auraient habité à Fairview en novembre 1920, tandis qu'une attestation de la fréquentation d'une école de Fairview par leur fils ainsi que le fait que leur nom ne figure pas sur la liste électorale de Nelson donnent à penser qu'ils se trouvaient à Fairview en 1919.
- (4) En 1922, Herbert Thorpe s'est porté acquéreur du lot enregistré. Pendant la construction de la maison en pierre qui s'y trouve aujourd'hui, il a loué de M. Goucher la résidence située sur le lot en litige et y est resté jusqu'à ce qu'elle soit rasée par les flammes en 1923.
- (5) En 1959, M. Thorpe a transféré le lot enregistré à ses enfants. Par la suite, sa fille, Gwen Marquis, l'a transféré aux Mowatt en 1992.

#### B. *Décisions des juridictions d'instances inférieures*

- (1) Cour suprême de la Colombie-Britannique — 2014 BCSC 988, 25 M.P.L.R. (5th) 79 et 2014 BCSC 2219

[9] L'acquisition de titres fonciers par possession adversative a été abolie en Colombie-Britannique le 1<sup>er</sup> juillet 1975, lors de l'entrée en vigueur de la *Limitations Act*, S.B.C. 1975, c. 37. Les titres fonciers acquis par possession adversative *avant* cette date ont cependant été préservés et peuvent encore être revendiqués, à moins que le détenteur du titre enregistré puisse intenter un recours visant à faire valoir ses droits avant l'expiration du délai de prescription applicable : *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, par. 14(5).

[10] Two applicable limitation periods were identified at first instance.<sup>2</sup> The limitation period which all parties were agreed could apply is contained in s. 16 of the *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1924, c. 145, which prescribed that an action to recover land had to be brought within 20 years. This would allow the Mowatts to succeed by showing continuous adverse possession of the disputed lot for 20 years preceding its escheat in 1930 or 1931.

[11] Additionally, the Mowatts pointed to s. 48 of the *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, which barred the Crown from suing for the recovery of land after the expiration of 60 years. Given the abolition of acquiring title by adverse possession on July 1, 1975, this provision, if applicable, would allow the Mowatts to succeed by establishing continuous adverse possession for 60 years before that date. The City and the Crown, however, argued that adverse possession was actually abolished *as against the Crown* on May 1, 1970 by operation of s. 6 of the *Land Act*, S.B.C. 1970, c. 17 (now s. 8 of *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245), which precluded the acquisition of an interest in Crown land “by prescription, or by occupation not lawfully authorized, or by any colour of right”. If applicable, this provision would require the Mowatts to establish adverse possession for 60 years prior to May 1, 1970.

[12] Ultimately, the chambers judge did not have to decide whether adverse possession was abolished as against the Crown in 1970 or 1975 because, in two sets of reasons, he found that the Mowatts had not demonstrated continuous adverse possession for 20 years preceding 1930 or 1931, or for 60 years preceding 1970 or 1975. In the first set of reasons,

<sup>2</sup> The applicable limitations provisions remained unchanged from the coming into force of the *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, c. 123, until they were repealed by the *Limitations Act* (1975).

[10] Deux délais de prescription applicables ont été relevés en première instance<sup>2</sup>. Le délai de prescription qui pouvait s’appliquer, de l’avis de toutes les parties, est celui que prévoit l’art. 16 de la *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1924, c. 145, suivant lequel l’action en recouvrement d’un bien-fonds se prescrivait par 20 ans. Cette disposition permettrait aux Mowatt d’avoir gain de cause en démontrant la possession adversative continue du lot en litige pendant une période de 20 ans avant qu’il ne tombe en déshérence en 1930 ou en 1931.

[11] Les Mowatt ont aussi invoqué l’art. 48 de la *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, qui empêchait le ministère public d’intenter toute action en recouvrement d’un bien-fonds après l’expiration d’une période de 60 ans. Puisque les règles permettant l’acquisition d’un titre par possession adversative ont été abolies le 1<sup>er</sup> juillet 1975, cette disposition relative à ce type de possession, si elle s’appliquait, permettrait aux Mowatt d’obtenir gain de cause en établissant la possession adversative continue du lot en litige pendant une période de 60 ans précédant cette date. La ville et le ministère public ont cependant fait valoir que la possession adversative *ne peut plus être opposée à l’État* depuis le 1<sup>er</sup> mai 1970 par l’effet de l’art. 6 de la *Land Act*, S.B.C. 1970, c. 17 (maintenant l’art. 8 de la *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245), qui empêchait l’acquisition d’un droit sur un bien-fonds de l’État [TRADUCTION] « par prescription, ou par occupation non légalement autorisée ou par quelque apparence de droit ». Si elle s’appliquait, cette disposition obligerait les Mowatt à établir la possession adversative pendant une période de 60 ans précédant le 1<sup>er</sup> mai 1970.

[12] En fin de compte, le juge en cabinet n’a pas eu à décider si la possession adversative ne pouvait plus être opposée à la Couronne depuis 1970 ou 1975. En effet, dans deux décisions distinctes, il a conclu que les Mowatt n’avaient pas établi la possession adversative continue du lot en litige durant 20 ans avant 1930 ou 1931, ou durant 60 ans avant

<sup>2</sup> Les dispositions prescriptives applicables sont restées inchangées de la date d’entrée en vigueur de la *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, c. 123, jusqu’à ce qu’elles soient abrogées par la *Limitations Act* (1975).

he explained that the Mowatts could not overcome what he described as an “evidentiary gap” regarding possession between the last evidence of George W. living on the lot in 1916 and the Gouchers’ arrival in Fairview in 1920 (2014 BCSC 988 (“BCSC #1”), at para. 107). He was also unconvinced that the Gouchers had ever resided on the disputed lot. The second set of reasons (2014 BCSC 2219 (“BCSC #2”)) arose from the conclusion to the first set of reasons, in which the chambers judge — in accordance with s. 11 of the *Land Title Inquiry Act*<sup>3</sup> — granted the Mowatts 30 days to provide further evidence. The Mowatts did so, re-appearing before the chambers judge with further evidence about the relationship of the Coopers and the Gouchers to the disputed lot, which evidence they say bridged any “gap” in the continuity of adverse possession between 1916 and 1920. While this evidence satisfied the chambers judge that the Gouchers had indeed resided on the disputed lot, he remained of the view that continuity of possession was not made out from 1916 to 1920, and he dismissed the Mowatts’ action and petition.

(2) Court of Appeal for British Columbia — 2016 BCCA 113, 83 B.C.L.R. (5th) 396

[13] The Mowatts appealed, arguing that the chambers judge had erred in law by conflating continuous *possession* with continuous *occupation*, and erred in fact by finding a gap in possession between 1916 and 1920 in the absence of any evidence of re-entry by the land company or of abandonment by the Coopers. While contesting these grounds, the City advanced two other bases upon which it also relies at this Court for upholding the decisions of the chambers judge: that the Mowatts could not have acquired an interest in the disputed lot, and therefore lacked standing to advance their claim; and that the

<sup>3</sup> Section 11 provides: “If the court is not satisfied with the evidence of title produced in the first instance, it must give a reasonable opportunity of producing further evidence, or of removing defects in the evidence produced.”

1970 ou 1975. Dans sa première décision, il a expliqué que les Mowatt n’avaient pu combler ce qu’il a appelé une [TRADUCTION] « lacune de la preuve » concernant la continuité de la possession entre le moment visé par la dernière preuve que George W. vivait sur le lot en 1916 et l’arrivée des Goucher à Fairview en 1920 : 2014 BCSC 988 (« première décision »), par. 107. Il n’était pas convaincu non plus que les Goucher avaient même habité sur le lot en litige. La seconde décision (2014 BCSC 2219 (« seconde décision »)) a découlé de la conclusion tirée dans la première, par laquelle le juge en cabinet avait accordé aux Mowatt — conformément à l’art. 11 de la *Land Title Inquiry Act*<sup>3</sup> — un délai de 30 jours pour lui soumettre des éléments de preuve supplémentaires. Les Mowatt ont effectivement présenté au juge en cabinet des éléments de preuve supplémentaires au sujet de la relation des Cooper et des Goucher avec le lot en litige, preuve qui comblait, selon eux, toute « lacune » concernant la continuité de la possession adversative entre 1916 et 1920. Bien que cette preuve l’ait convaincu que les Goucher avaient effectivement résidé sur le lot en litige, le juge en cabinet était encore d’avis que la continuité de la possession n’avait pas été établie pour la période allant de 1916 à 1920, et il a rejeté tant l’action que la requête des Mowatt.

(2) Cour d’appel de la Colombie-Britannique — 2016 BCCA 113, 83 B.C.L.R. (5th) 396

[13] Les Mowatt ont interjeté appel de la décision du juge en cabinet. Ils lui ont reproché d’avoir commis une erreur de droit en confondant la *possession* continue avec l’*occupation* continue, ainsi qu’une erreur de fait en concluant à un hiatus dans la possession entre 1916 et 1920, et ce, en l’absence d’éléments de preuve établissant la reprise de possession du lot en litige par la société foncière ou son abandon par les Cooper. Tout en contestant ces moyens, la ville en a fait valoir deux autres qu’elle a repris devant la Cour pour faire confirmer les décisions du juge en cabinet. Selon elle, d’une part,

<sup>3</sup> L’article 11 est ainsi libellé : [TRADUCTION] « Si la cour n’est pas convaincue par la preuve présentée en première instance au sujet du titre, elle doit accorder à la partie concernée une possibilité raisonnable de produire des éléments de preuve supplémentaires ou de corriger les failles de la preuve présentée. »

adverse possession claim must fail because it did not fulfill the inconsistent use requirement — meaning, that the Mowatts did not prove that the successive adverse possessors' use of the disputed lot was inconsistent with the land company's or the Crown's enjoyment of the land.

[14] The Court of Appeal first considered the question of whether Ms. Marquis transferred her possessory interest to the Mowatts. This was framed as an issue of standing because the City did not raise it before the chambers judge. In the Court of Appeal's view, the evidence was sufficient to show that the Mowatts had acquired a possessory interest in the disputed lot from Ms. Marquis, and that no formalities were required for such a transfer. Further, it said that the transfer of an interest in "possessory title" was not subject to s. 20(1) of the *Land Title Act*, R.S.B.C. 1996, c. 250 (which addresses registration of instruments purporting to deal with land). It concluded that s. 20 applies only to land held in indefeasible fee simple, and not to land such as the disputed lot which is held in absolute fee. The Court of Appeal further found on the basis of English and Canadian jurisprudence that the inconsistent use requirement forms no part of the law of British Columbia governing adverse possession.

[15] Finally, the Court of Appeal found that the chambers judge made several errors in deciding the Mowatts' claim. Specifically, he erred in appearing to require continuous occupation, whereas sporadic occupation could suffice to ground possession. Further, in finding an "evidentiary gap", the chambers judge "short-changed the application of the standard of proof" by "hold[ing] back from full consideration of the reasonable inferences available on the evidence before the court" (para. 87) relating to the period from 1916 to 1920. In light of the historical nature of the Mowatts' claim, the chambers judge

les Mowatt n'ont pas pu acquérir de droit relative-ment au lot en litige et n'avaient donc pas qualité pour faire valoir leur revendication. D'autre part, la revendication de possession adversative devait être rejetée, parce qu'elle ne satisfaisait pas à l'exigence de l'usage incompatible, c'est-à-dire que les Mowatt n'avaient pas établi l'utilisation incompatible du lot en litige par ses possesseurs adversatifs successifs avec la jouissance du bien-fonds par la société foncière ou par la Couronne.

[14] La Cour d'appel a d'abord examiné la question de savoir si M<sup>me</sup> Marquis a transféré son droit de possession aux Mowatt. Cela a été présenté comme une question portant sur la qualité pour agir parce que la ville ne l'avait pas soulevée devant le juge en cabinet. Selon la Cour d'appel, la preuve était suffisante pour démontrer que les Mowatt avaient acquis un droit de possession de M<sup>me</sup> Marquis sur le lot en litige et aucune formalité ne devait être respectée pour qu'un tel transfert s'opère. La Cour d'appel a aussi précisé que le transfert d'un droit sur un « titre possessoire » n'était pas assujéti aux dispositions du par. 20(1) de la *Land Title Act*, R.S.B.C. 1996, c. 250 (qui concerne l'enregistrement d'actes relatifs à des opérations visant des biens-fonds). Elle a conclu que l'art. 20 s'applique uniquement aux biens-fonds détenus en fief simple inattaquable, et non aux biens-fonds semblables au lot en litige, qui sont détenus en fief absolu. En se fondant sur des décisions anglaises et canadiennes, la Cour d'appel a également conclu que l'exigence de l'usage incompatible ne fait pas partie des règles de droit de la Colombie-Britannique régissant la possession adversative.

[15] Enfin, la Cour d'appel a conclu que le juge en cabinet avait commis plusieurs erreurs en tranchant la revendication des Mowatt. Plus précisément, il s'était mépris en exigeant apparemment l'occupation continue, alors que l'occupation sporadique pouvait suffire pour fonder la possession. De plus, en concluant à l'existence d'une « lacune de la preuve », le juge en cabinet [TRADUCTION] « a[vait] dénaturé l'application de la norme de preuve applicable » en « omettant d'examiner à fond les inférences raisonnables qu'il pouvait tirer de la preuve portée à son attention » en ce qui concerne la période allant de 1916

should have applied “a broad elliptical assessment of the available evidence consistent both with established deduction processes used in historical and scientific study, and with the curious-minded view reflected in jurisprudence of claims involving long ago events” (para. 89).

[16] The Court of Appeal therefore allowed the appeal, set aside the chambers judge’s orders, declared that the possession of the disputed lot had begun no later than December 1909 and continued until at least February 1923 (when the residence on the disputed lot burnt down), and remitted the Mowatts’ proceeding under the *Land Title Inquiry Act* back to the Supreme Court of British Columbia for final determination of the proceedings.

### III. Analysis

#### A. *Inconsistent Use*

[17] Adverse possession is a long-standing common law device by which the right of the prior possessor of land, typically the holder of registered title and therefore sometimes referred to as the “true owner”, may be displaced by a trespasser whose possession of the land goes unchallenged for a prescribed period of time. From as early as *The Limitation Act, 1623* (Eng.), 21 Jas. 1, c. 16, the prior possessor’s right to recover possession was curtailed by limitation periods. This rule allowing for the later possessor acquiring ownership of land after the passage of a certain time was codified in English law by the *Real Property Limitation Act, 1833* (U.K.), 3 & 4 Will. 4, c. 27, which was received into the law of British Columbia on November 19, 1858 by operation of what is now s. 2 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253. Since then, British Columbia’s successive limitation statutes, including the provisions which I have already canvassed and which govern the Mowatts’ claim, have effectively reproduced the 1833 English statutory codification of adverse possession. Under

à 1920 : par. 87. En outre, selon la Cour d’appel, eu égard à la nature historique de la revendication des Mowatt, le juge en cabinet aurait dû procéder à « une vaste appréciation elliptique des éléments de preuve disponibles qui s’accordaient tant avec les processus de déduction établis utilisés dans les études historiques et scientifiques qu’avec l’ouverture d’esprit qui ressort de la jurisprudence relative aux revendications portant sur des événements lointains » : par. 89.

[16] En conséquence, la Cour d’appel a accueilli l’appel, annulé les ordonnances du juge en cabinet, déclaré que la possession du lot en litige avait débuté au plus tard en décembre 1909 et s’était poursuivie au moins jusqu’en février 1923 (lorsque la résidence située sur le lot en litige avait été rasée par les flammes), et renvoyé l’instance des Mowatt introduite sous le régime de la *Land Title Inquiry Act* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour qu’une décision définitive soit rendue dans le dossier.

### III. Analyse

#### A. *Usage incompatible*

[17] La possession adversative découle d’une règle de common law bien établie selon laquelle l’intrus qui a la possession d’un bien-fonds sans que celle-ci soit contestée pendant une période prescrite peut supplanter le possesseur précédent, habituellement le détenteur du titre enregistré et parfois appelé, de ce fait, le « véritable propriétaire ». Dès l’adoption de la *The Limitation Act, 1623* (Angl.), 21 Jas. 1, c. 16, le droit du possesseur précédent de reprendre possession du bien-fonds a été restreint par des délais de prescription. Cette règle qui permet à l’occupant subséquent d’obtenir la propriété d’un bien-fonds après l’expiration d’un certain délai a été codifiée en droit anglais par la *Real Property Limitation Act, 1833* (R.-U.), 3 & 4 Will. 4, c. 27, qui a été reçue dans le droit de la Colombie-Britannique le 19 novembre 1858 par l’effet de ce qui est aujourd’hui l’art. 2 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253. Depuis ce temps, les lois successives de la Colombie-Britannique sur la prescription — y compris les dispositions que j’ai déjà passées en revue et qui s’appliquent à la revendication des Mowatt

those statutes, the limitation period began to run at the point in time at which the true owner's right to recover possession first arose: the date of dispossession or discontinuance of possession (see for example s. 17 of the *Statute of Limitations* (1924)), as determined by the test for adverse possession.

[18] As to that test, the elements of adverse possession, all of which must be present to trigger the running of the limitation period against the “true owner”, are explained by Professor Ziff in *Principles of Property Law* (6th ed. 2014), at p. 146. In brief, the act of possession must be “open and notorious, adverse, exclusive, peaceful (not by force), actual (generally), and continuous” (*ibid.* (footnote omitted)). Significantly for this case, the adverse possessor who successfully obtains title need not always be the same person whose adverse possession triggered the running of the limitation period; successive adverse possessors can “tack” on to the original adverse possession, provided that the possession is continuous in the sense that there is always someone for the true owner to sue (*Anger & Honsberger Law of Real Property* (3rd ed. (loose-leaf)), by A. W. La Forest, ed., at §28:50).

[19] To these elements of adverse possession the City would add: that the possessor's or possessors' use of the disputed lot must have been inconsistent with the “true owner's” present or future enjoyment of the land. Alternatively put, possession, to be truly adverse, must entail a use of the property that is inconsistent with the true owner's intended use of the land. This “inconsistent use” requirement was stated by Lord Bramwell in *Leigh v. Jack* (1879), 5 Ex. Div. 264 (C.A.), at p. 273:

I do not think that there was any dispossession of the plaintiff by the acts of the defendant: acts of user are

— ont, dans les faits, reproduit la codification de 1833 des règles anglaises régissant la possession adversative. Suivant ces textes législatifs, le délai de prescription a commencé à courir au moment où le droit du véritable propriétaire de recouvrer la possession du bien-fonds est né : soit la date de dépossession ou de l'interruption de possession (voir à titre d'exemple l'art. 17 de la *Statute of Limitations* (1924)), telles qu'elles sont définies par le test relatif à la possession adversative.

[18] En ce qui a trait à ce test, à la p. 146 de son ouvrage *Principles of Property Law* (6<sup>e</sup> éd. 2014), le professeur Ziff explique les éléments de la possession adversative qui doivent être réunis pour que le délai de prescription commence à courir contre le « véritable propriétaire ». En résumé, la possession doit être [TRADUCTION] « publique et notoire, adversative, exclusive, paisible (non exercée par la force), réelle (de façon générale) et continue » : *ibid.* (note en bas de page omise). Fait important en l'espèce, le possesseur adversatif qui a finalement gain de cause n'est pas toujours celui dont la conduite a commencé à faire courir le délai de prescription : des possesseurs adversatifs successifs peuvent [TRADUCTION] « se greffer » à la possession adversative initiale, pourvu que la possession soit continue au sens où il y a toujours une personne que le véritable propriétaire peut poursuivre : *Anger & Honsberger Law of Real Property* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par A. W. La Forest, dir., §28:50.

[19] La ville ajouterait à ces éléments de la possession adversative un facteur supplémentaire suivant lequel l'usage du lot en litige par le ou les possesseurs devrait avoir été incompatible avec la jouissance actuelle ou future du bien-fonds par le « véritable propriétaire ». Autrement dit, pour être véritablement adversative, la possession devrait être caractérisée par un usage de la propriété qui est incompatible avec celui que le véritable propriétaire comptait en faire. Cette exigence de l'« usage incompatible » a été formulée par le lord Bramwell dans l'arrêt *Leigh c. Jack* (1879), 5 Ex. Div. 264 (C.A.), p. 273 :

[TRADUCTION] Je ne crois pas que la conduite du défendeur a eu pour effet de déposséder la demanderesse du



not enough to take the soil out of the plaintiff and her predecessors in title and to vest it in the defendant; in order to defeat a title by dispossessing the former owner, acts must be done which are inconsistent with his enjoyment of the soil for the purposes for which he intended to use it: that is not the case here, where the intention of the plaintiff and her predecessors in title was not either to build upon or to cultivate the land, but to devote it at some future time to public purposes. The plaintiff has not been dispossessed, nor has she discontinued possession, her title has not been taken away, and she is entitled to our judgment. [Emphasis added.]

[20] The inconsistent use requirement appears in the jurisprudence of Ontario (i.e., *Keefer v. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680 (C.A.); *Fletcher v. Storoschuk* (1981), 35 O.R. (2d) 722 (C.A.); *John Austin & Sons Ltd. v. Smith* (1982), 35 O.R. (2d) 272 (C.A.); *Masidon Investments Ltd. v. Ham* (1984), 45 O.R. (2d) 563 (C.A.); *Gorman v. Gorman* (1998), 110 O.A.C. 87; *Brisebois v. Chamberland* (1990), 1 O.R. (3d) 417 (C.A.); *Hodkin v. Bigley* (1998), 20 R.P.R. (3d) 9 (Ont. C.A.); *Elliott v. Woodstock Agricultural Society*, 2008 ONCA 648, 92 O.R. (3d) 711) and has also been applied in the appellate jurisprudence of Nova Scotia (*Spicer v. Bowater Mersey Paper Co.*, 2004 NSCA 39, 222 N.S.R. (2d) 103) and Prince Edward Island (*MacKinnon, Re*, 2003 PESCAD 17, 226 Nfld. & P.E.I.R. 293). Its application has, however, been rejected in Alberta (*Lutz v. Kawa*, 1980 ABCA 112, 23 A.R. 9) and restricted in Newfoundland and Labrador to consideration as a relevant but not a required factor in determining whether adverse possession has been established (*Maher v. Bussey*, 2006 NLCA 28, 256 Nfld. & P.E.I.R. 308, at paras. 50-52). Before us, the City argued the merits of considering the (in)consistency between the putative adverse possessor's intended use and the true owner's intended use of land. I note that counter-arguments have been made to the effect that the inconsistent use requirement is unnecessary and undesirable (M. H. Lubetsky, "Adding Epicycles: The Inconsistent Use Test in Adverse Possession Law" (2009), 47 *Osgoode Hall L.J.* 497, at pp. 523-25). Indeed, it is no longer required in England, having been denounced as "heretical and wrong" by Lord Browne-Wilkinson in *J. A. Pye (Oxford) Ltd.*

terrain : les gestes de l'utilisateur ne suffisent pas pour retirer le terrain des mains de la demanderesse et de ses prédécesseurs et l'attribuer à la partie défenderesse; pour qu'un titre soit écarté par la dépossession de l'ancien propriétaire, des gestes incompatibles avec l'usage que comptait faire ce dernier du terrain doivent avoir été posés. Ce n'est pas le cas en l'espèce, car la demanderesse et ses prédécesseurs n'avaient pas l'intention de cultiver la terre ou de construire une propriété sur elle, mais bien de l'affecter plus tard à un usage public. La demanderesse n'a pas été dépossédée, elle n'a pas cessé d'avoir la possession du bien-fonds, son titre ne lui a pas été retiré et elle a droit à un jugement de la Cour en sa faveur. [Je souligne.]

[20] L'exigence de l'usage incompatible est reconnue dans la jurisprudence de l'Ontario (voir *Keefer c. Arillotta* (1976), 13 O.R. (2d) 680 (C.A.); *Fletcher c. Storoschuk* (1981), 35 O.R. (2d) 722 (C.A.); *John Austin & Sons Ltd. c. Smith* (1982), 35 O.R. (2d) 272 (C.A.); *Masidon Investments Ltd. c. Ham* (1984), 45 O.R. (2d) 563 (C.A.); *Gorman c. Gorman* (1998), 110 O.A.C. 87; *Brisebois c. Chamberland* (1990), 75 O.R. (2d) 332 (C.A.); *Hodkin c. Bigley* (1998), 20 R.P.R. (3d) 9 (C.A. Ont.); *Elliott c. Woodstock Agricultural Society*, 2008 ONCA 648, 92 O.R. (3d) 711); elle a également été appliquée dans les décisions des cours d'appel de la Nouvelle-Écosse (*Spicer c. Bowater Mersey Paper Co.*, 2004 NSCA 39, 222 N.S.R. (2d) 103) et de l'Île-du-Prince-Édouard (*MacKinnon, Re*, 2003 PESCAD 17, 226 Nfld. & P.E.I.R. 293). Cependant, son application a été rejetée en Alberta (*Lutz c. Kawa*, 1980 ABCA 112, 23 A.R. 9) et a été restreinte à Terre-Neuve-et-Labrador, où elle est considérée comme un facteur pertinent, mais non nécessaire, à prendre en compte pour déterminer si la possession adversative a été établie : *Maher c. Bussey*, 2006 NLCA 28, 256 Nfld. & P.E.I.R. 308, par. 50-52. Devant nous, la ville a soutenu qu'il y avait lieu d'examiner la compatibilité (ou l'incompatibilité) entre l'intention du présumé possesseur adversatif et celle du véritable propriétaire quant à l'usage du bien-fonds. Je souligne que certains auteurs sont d'avis contraire et affirment que l'exigence de l'usage incompatible n'est ni nécessaire ni souhaitable : M. H. Lubetsky, « Adding Epicycles : The Inconsistent Use Test in Adverse Possession Law » (2009), 47 *Osgoode Hall L.J.* 497, p. 523-525. Effectivement, l'existence d'un usage

*v. Graham*, [2002] UKHL 30, [2003] 1 A.C. 419, at para. 45.

[21] In my view, the question properly before this Court is not whether the inconsistent use requirement is necessary or desirable; we have received no submissions, for example, on whether it should continue to apply to claims based on adverse possession in Ontario. Rather, the question properly before us is whether it forms part of the law of British Columbia and therefore ought to have been applied by the courts below. I am of the opinion that the City cannot demonstrate that it does.

[22] As Lord Browne-Wilkinson observed in *J.A. Pye*, the inconsistent use requirement stated in *Leigh* appeared to revive the pre-1833 doctrine of adverse possession, under which “the rights of the paper owner were not taken away save by a ‘disseisin’ or an ouster and use of the land by the squatter of a kind which was clearly inconsistent with the paper title” (para. 33). That former concept of adverse possession had, however, been abolished in England by the *Real Property Limitation Act, 1833*, under which “the only question was whether the squatter had been in possession in the ordinary sense of the word [for the prescribed period of time]” (para. 35). Consequently, the requirement of showing an inconsistent use, not having formed part of the law of England at the date of its reception in British Columbia, was never necessary to establish dispossession under British Columbia’s subsequent limitations statutes, which essentially reproduced the 1833 English legislation.

[23] Nor has the inconsistent use requirement been imported into British Columbia by the courts. The Court of Appeal’s thorough review of this issue contains no suggestion that British Columbia’s courts have adopted the requirement of inconsistent use,

incompatible n’est plus exigée en Angleterre, le lord Browne-Wilkinson l’ayant qualifié d’exigence [TRADUCTION] « hérétique et erronée » dans sa décision *J. A. Pye (Oxford) Ltd. c. Graham*, [2002] UKHL 30, [2003] 1 A.C. 419, par. 45.

[21] À mon avis, la question que la Cour doit trancher n’est pas celle de savoir si l’exigence de l’usage incompatible est nécessaire ou souhaitable; nous n’avons été saisis d’aucune observation portant, par exemple, sur la question de savoir si cette exigence devrait continuer à s’appliquer aux revendications fondées sur la possession adversative en Ontario. La question que nous devons trancher est plutôt celle de savoir si cette exigence fait partie du droit de la Colombie-Britannique et aurait donc dû être appliquée par les tribunaux d’instances inférieures. J’estime que la ville ne peut pas en faire la démonstration.

[22] Comme le lord Browne-Wilkinson l’a fait remarquer dans *J. A. Pye*, l’exigence de l’usage incompatible énoncée dans *Leigh* a semblé redonner vie à la doctrine de la possession adversative applicable avant 1833 selon laquelle [TRADUCTION] « les droits du propriétaire inscrit ne lui étaient pas retirés à moins d’une “désaisine” ou d’une privation de possession et d’un usage du bien-fonds par l’usurpateur qui soit manifestement incompatible avec le titre foncier » : par. 33. Or, cet ancien concept de possession adversative avait été écarté en Angleterre par la *Real Property Limitation Act, 1833*, selon laquelle [TRADUCTION] « la seule question est celle de savoir si l’occupant a été en possession du bien-fonds au sens ordinaire du terme [durant la période de prescription] » : par. 35. Ainsi, l’exigence de la preuve d’un usage incompatible — que ne comprenait pas le droit anglais à la date de sa réception en Colombie-Britannique — n’a jamais eu à être satisfaite pour prouver la dépossession sous le régime des lois subséquentes de la Colombie-Britannique relatives à la prescription qui reprenaient, pour l’essentiel, les règles du droit anglais de 1833.

[23] L’exigence d’un usage incompatible n’a pas non plus été importée en Colombie-Britannique par les tribunaux. Dans son analyse approfondie de cette question, la Cour d’appel n’a nullement donné à entendre que les tribunaux de cette juridiction

and the City does not suggest otherwise. The City does, however, point to two decisions of this Court as “reflecting” the inconsistent use requirement (*Dominion Atlantic Railway Co. v. Halifax and South Western Railway Co.*, [1947] S.C.R. 107; and *Ocean Harvesters Ltd. v. Quinlan Brothers Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 684).

[24] *Dominion Atlantic* involved a dispute over ownership of lands between the “true owner” and a lessee who had continued to use the land after the lease had expired. In a brief judgment for the Court, Kellock J. cited two alternative tests for possession (pp. 109-10): Lord O’Hagan’s statement in *Lord Advocate v. Lord Lovat* (1880), 5 App. Cas. 273, at p. 288, that possession must be considered in each case with reference to the peculiar circumstances, and Lord Bramwell’s inconsistent use requirement stated in *Leigh*. Neither test, however, was endorsed or applied, since Kellock J.’s decision hinged on the finding that the lessee had not maintained exclusive possession (p. 110), which would defeat an adverse possession claim under either test.

[25] In *Ocean Harvesters*, oceanfront land was used by the true owner for receiving fresh fish. He permitted his company (he was president and controlling shareholder) to occupy it during the fishing season each year, and the question arose whether he was barred from asserting title to the land by operation of *The Limitation of Actions (Realty) Act*, R.S.N. 1952, c. 145, after the company had been in possession thereof for more than 21 years. While this Court considered the intended use of the true owner, this was due to the unusual circumstance in which *his* intention was also animating the *later possessor*, which he controlled. That is, in order to determine the company’s intention in this case, the Court had to consider the true owner’s intention so that it could be imputed to the company. But this is not the same thing as assessing the true owner’s intention so that it can be measured against the later possessor’s intention for inconsistency. In any event, the adverse

avaient adopté cette exigence, et la ville ne prétend pas le contraire. Cependant, cette dernière invoque deux décisions de la Cour dans lesquelles [TRADUCTION] « transparaît » l’exigence de l’usage incompatible : *Dominion Atlantic Railway Co. c. Halifax and South Western Railway Co.*, [1947] R.C.S. 107, et *Ocean Harvesters Ltd. c. Quinlan Brothers Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 684.

[24] L’arrêt *Dominion Atlantic* concernait un différend opposant le « véritable propriétaire » de certains biens-fonds et un locataire qui avait continué à en faire usage après l’expiration du bail. Dans un bref jugement qu’il a rédigé au nom de la Cour, le juge Kellock a certes mentionné deux tests différents pouvant s’appliquer à la possession (p. 109-110) : celui que le lord O’Hagan a énoncé dans l’arrêt *Lord Advocate c. Lord Lovat* (1880), 5 App. Cas. 273, p. 288, selon lequel la possession doit être examinée en fonction des circonstances particulières de chaque cas, et celui relatif à l’exigence de l’usage incompatible que le lord Bramwell a formulé dans l’arrêt *Leigh*. Or, aucun des deux tests en question n’a été approuvé ou appliqué, puisque la décision du juge Kellock a reposé sur la conclusion selon laquelle le locataire n’avait pas conservé la possession exclusive (p. 110), ce qui devait entraîner le rejet de la revendication de possession adversative, quel qu’ait été le test retenu.

[25] Dans l’arrêt *Ocean Harvesters*, le véritable propriétaire d’un bien-fonds situé en bordure de l’océan se servait de celui-ci pour recevoir du poisson frais. Il avait autorisé son entreprise — dont il était président et actionnaire majoritaire — à occuper la propriété chaque année pendant la saison de la pêche. Il s’agissait de savoir s’il pouvait faire valoir ou non le titre sur le bien-fonds par l’effet de la loi intitulée *The Limitation of Actions (Realty) Act*, R.S.N. 1952, c. 145, après que l’entreprise en eut conservé la possession pendant plus de 21 ans. Bien que la Cour ait examiné l’intention du véritable propriétaire quant à l’usage du bien-fonds, elle l’a fait parce que, selon les circonstances particulières de l’affaire, *son* intention était aussi celle du *possesseur subséquent*, qu’il contrôlait. Pour déterminer l’intention de l’entreprise dans cette affaire, la Cour devait donc examiner l’intention du véritable propriétaire afin de pouvoir l’imputer à l’entreprise.

possession claim in *Ocean Harvesters*, like that in *Dominion Atlantic*, was dismissed not for a lack of inconsistent use but for want of exclusive possession (*Ocean Harvesters*, p. 691; *Dominion Atlantic*, p. 110).

[26] In neither of these decisions, therefore, can this Court be said to have adopted, whether explicitly or by implication, the inconsistent use requirement. It also bears mentioning that this Court has also considered adverse possession claims on several occasions since *Leigh* (i.e., *Sherren v. Pearson* (1887), 14 S.C.R. 581; *Handley v. Archibald* (1899), 30 S.C.R. 130; *Wood v. LeBlanc* (1904), 34 S.C.R. 627; and *Hamilton v. The King* (1917), 54 S.C.R. 331), without ever expressing or applying an inconsistent use requirement.

[27] Further, introducing the inconsistent use requirement into the test for adverse possession would revive the pre-1833 necessity of showing a disseisin or an ouster, explicitly removed by statute. While courts have a role in defining what constitutes dispossession under British Columbia's limitations legislation, legislative intent must be respected. The Court of Appeal was correct to hold (at para. 68) that "the [inconsistent use] doctrine does not accord with the legislation in this Province which has continued to accord with the 1833 English limitations legislation". It follows that the inconsistent use requirement forms no part of the law of British Columbia governing adverse possession. Whether the requirement is properly applicable in other provinces remains an open question subject to examination of their respective legislative histories, the wording of their particular limitations statutes, and the treatment of these matters by the courts of those provinces.

Ce n'est pas la même chose que le fait d'analyser l'intention du véritable propriétaire afin de pouvoir la comparer à celle du possesseur subséquent pour déterminer s'il y a incompatibilité. En tout état de cause, la revendication de possession adversative examinée dans l'arrêt *Ocean Harvesters* a été rejetée (p. 691), comme elle l'avait été dans l'arrêt *Dominion Atlantic* (p. 110), non pas parce qu'aucun usage incompatible n'avait été établi, mais plutôt parce que la possession exclusive n'avait pas été prouvée.

[26] Il n'y a donc pas lieu d'affirmer que la Cour a adopté l'exigence de l'usage incompatible dans l'une ou l'autre de ces décisions, que ce soit explicitement ou tacitement. En outre, il importe de souligner que la Cour s'est penchée sur des revendications de possession adversative à plusieurs occasions depuis l'arrêt *Leigh* (soit dans les arrêts *Sherren c. Pearson* (1887), 14 R.C.S. 581; *Handley c. Archibald* (1899), 30 R.C.S. 130; *Wood c. LeBlanc* (1904), 34 R.C.S. 627, et *Hamilton c. The King* (1917), 54 R.C.S. 331), sans faire la moindre allusion à une exigence d'usage incompatible.

[27] En outre, introduire l'exigence de l'usage incompatible dans le test relatif à la possession adversative redonnerait vie à l'obligation qui existait avant 1833 de faire la preuve d'une dépossession ou d'une éviction, une obligation expressément révoquée. Les tribunaux ont certes un rôle à jouer lorsqu'il s'agit de définir ce que constitue une dépossession sous le régime de la législation de la Colombie-Britannique sur la prescription. L'intention du législateur doit néanmoins être respectée. La Cour d'appel a donc eu raison de conclure, au par. 68 de ses motifs, que [TRADUCTION] « la doctrine de l'[usage incompatible] n'est pas compatible avec la législation de cette province, laquelle est restée compatible avec le droit anglais sur les prescriptions de 1833 ». Ainsi, la Cour d'appel a eu raison de conclure que l'exigence de l'usage incompatible n'a jamais fait partie du droit de la Colombie-Britannique régissant la possession adversative. Que cette exigence soit valablement applicable dans d'autres provinces est une question qui reste en suspens et qui ne trouverait réponse qu'au terme d'un examen de leur historique législatif respectif, du libellé de leurs lois particulières sur la prescription et du traitement de ce sujet par leurs tribunaux.

B. *The Evidence on Continuity of Adverse Possession*

[28] This leaves the issue of whether the evidence put before the chambers judge by the Mowatts was sufficient to bridge any “evidentiary gap” from 1916 to 1920 that the chambers judge found had interrupted the continuity of adverse possession of the disputed lot. The Mowatts say the chambers judge erred in several respects, and that those errors justified reversal by the Court of Appeal. Specifically, they say the chambers judge (1) erred by confusing continuous possession with continuous occupation; and (2) failed to properly consider material evidence, in keeping with the historical context of the claim.

(1) Continuous Possession vs. Continuous Occupation

[29] First of all, the Mowatts say the chambers judge erred in assessing continuous adverse possession by confusing *possession* with *occupation*, requiring them to show continuous occupation when the central question went to continuity of possession. Relatedly, they say that, since property can be possessed without being at all times occupied, the chambers judge’s finding of discontinuity of possession from 1916 to 1920 required a preliminary finding that he did not make — specifically, that the disputed lot had been abandoned by the Coopers in 1916.

[30] I will first dispose of the argument regarding abandonment. It was unnecessary for the chambers judge to make an explicit finding that the Coopers had abandoned the disputed lot as a precondition to a finding of discontinuity of possession. The burden lay with the Mowatts to demonstrate continuous possession on the balance of probabilities, and not with the City to demonstrate abandonment. Moreover, an end to possession, and abandonment, are simply two sides of the same coin. Where possession ends, abandonment begins. No legal significance, therefore, lies in the absence of an explicit finding of abandonment; it follows from the finding

B. *La preuve concernant la continuité de la possession adversative*

[28] Il ne reste donc qu’à déterminer si la preuve que les Mowatt ont présentée au procès était suffisante pour combler toute « lacune de la preuve » pour la période allant de 1916 à 1920, laquelle, de l’avis du juge, avait interrompu la continuité de la possession adversative du lot en litige. À cet égard, les Mowatt affirment que le juge en cabinet a commis plusieurs erreurs qui justifiaient que sa décision soit infirmée par la Cour d’appel. Plus précisément, ils affirment que le juge en cabinet (1) a fait erreur en confondant la possession continue avec l’occupation continue et (2) n’a pas tenu compte d’éléments de preuve importants, eu égard au contexte historique de la revendication.

(1) Possession continue par opposition à occupation continue

[29] Les Mowatt affirment tout d’abord que le juge en cabinet a mal évalué la revendication de possession adversative continue en confondant la *possession* avec l’*occupation*, les obligeant ainsi à faire la preuve d’une occupation continue alors que la question centrale à trancher concernait la continuité de la possession. À cet égard, ils estiment que comme la possession d’une propriété est possible même en l’absence d’une occupation à temps plein, le juge en cabinet devait conclure que les Cooper avaient abandonné le lot en litige en 1916 avant de décider que la possession avait été interrompue de 1916 à 1920, ce qu’il n’a pas fait.

[30] Je vais d’abord trancher l’argument concernant l’abandon. Il n’était pas nécessaire que le juge en cabinet conclue explicitement à l’abandon par les Cooper du lot en litige pour décider que la possession avait été interrompue. En effet, il incombait aux Mowatt de faire la preuve de la possession continue selon la prépondérance des probabilités, et non à la ville de démontrer qu’il y avait eu abandon. De plus, la fin de la possession et l’abandon sont en fait tout simplement les deux côtés de la même médaille. Lorsque la possession se termine, l’abandon commence. L’absence de conclusion explicite d’abandon n’a donc aucune importance sur le plan juridique; de

that continuous possession of the disputed lot was not established beyond January 1916, that it was abandoned.

[31] As to whether the chambers judge confused possession with occupation, I acknowledge that “possession” does not require continuous occupation. The common law recognizes that a person may possess land in a manner sufficient to support a claim to title while choosing to use it intermittently or sporadically (*R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, at para. 54). In short, property can be possessed without being at all times occupied. And, I also acknowledge that the chambers judge’s repeated use of the term “occupation” (as opposed to “possession” — see, e.g., BCSC #1, paras. 109 and 112, and BCSC #2, paras. 3, 46 and 52 (CanLII)) lends support to the Mowatts’ argument that he confused these two distinct concepts.

[32] I am not, however, persuaded that this supports upsetting the chambers judge’s decisions. While the chambers judge occasionally referred to “possession” and “occupation” seemingly interchangeably, it is apparent that he knew he was to look for continuous possession, not occupation. And, he cited the correct legal test (BCSC #1, paras. 22-23). Further, the distinction between these two concepts was, on the facts of this case, insignificant. The evidence led by the Mowatts respecting the Coopers, Gouchers, and Thorpes generally went to their *occupation* of the disputed lot. No form of possession by any of them short of occupation during the “evidentiary gap” was posited to the chambers judge as being supported by the evidence. In short, the meaning of the two concepts essentially overlapped on the facts of this claim, and I see no error in the chambers judge’s application of the test for adverse possession arising from his occasional references to occupation.

fait, il découle du constat que la possession continue du lot en litige n’a pas été établie pour la période postérieure à janvier 1916, qu’il a été abandonné.

[31] Quant à la question de savoir si le juge en cabinet a confondu la possession avec l’occupation, je reconnais que cette dernière n’a pas à être continue pour qu’il y ait « possession ». En effet, en common law, une personne peut avoir une possession suffisante pour fonder un titre tout en utilisant la propriété en question de façon intermittente ou sporadique : *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 54. Bref, il est possible d’avoir la possession d’une propriété sans l’occuper en tout temps. Je reconnais aussi que l’utilisation répétée du mot « occupation » par le juge en cabinet (plutôt que du mot « possession », voir, p. ex., la première décision, par. 109 et 112, et la seconde décision, par. 3, 46 et 52 (CanLII)) tend à appuyer l’argument des Mowatt selon lequel il a confondu ces deux concepts différents.

[32] Je ne suis toutefois pas convaincu qu’il y a lieu pour autant d’infirmier la décision du juge en cabinet. Même si ce dernier a fait occasionnellement référence à la « possession » et à l’« occupation », semble-t-il de manière interchangeable, il savait manifestement que c’était de possession continue qu’il devait se préoccuper et non pas d’occupation. D’ailleurs, il a fait référence au bon test juridique : première décision, par. 22-23. De plus, en l’espèce, la distinction entre ces deux concepts était insignifiante. En effet, les éléments de preuve que les Mowatt ont présentés quant aux Cooper, aux Goucher et aux Thorpe concernaient, règle générale, leur *occupation* du lot en litige. Aucune forme de possession par l’un ou l’autre d’entre eux autre que l’occupation durant la période visée par la « lacune de la preuve » n’a été plaidée devant le juge en cabinet à titre de forme de possession appuyée par la preuve. Bref, il y a eu chevauchement des deux concepts en ce qui a trait aux faits mis en preuve en l’espèce et j’estime que la mention occasionnelle de l’occupation par le juge en cabinet n’a pas donné lieu à une erreur de sa part dans le contexte de l’application du test relatif à la possession adversative.

(2) Consideration of the Evidence

[33] The critical consideration underlying the “evidentiary gap” is the evidence relating to the activities of the Coopers and the Gouchers between 1916 and 1920, inclusive. More particularly, both the parties and the chambers judge were focussed upon the evidence in relation to whether any of the Coopers continued to possess the disputed lot after George W.’s departure in January 1916; and whether and for how long the Gouchers possessed the disputed lot prior to their appearance on the Fairview voters’ list in November 1920.

[34] As to the Coopers, it will be recalled that George W. moved to Australia in January 1916. His son George R. married Carrie in May 1915, and a daughter, Delores, was born that same month. A son, George S., followed in October 1916. From February 1917 until his death in February 1918 in an industrial accident, George R. worked at a smelter in Trail, British Columbia. It is likely that, by December 1917 at the latest, Carrie and the children had joined him in Trail.

[35] The chambers judge acknowledged that, on this evidence, it was possible to conclude that members of George R.’s family continued to possess the disputed lot after January 1916. He declined to make that finding, however, since in his view it was no more likely than the alternative possibility that George R. had left the disputed lot for other premises upon his marriage. The Mowatts and the Court of Appeal say that, in so finding, the chambers judge did not account for the implication of the statement from George S.’s daughter (that is, George R.’s granddaughter) that she “understood” her mother (George S.’s wife) to have “thought” that George S. had been born “at the bottom of Third or Fourth Street”, which accords with the location of the

(2) Examen de la preuve

[33] Le principal facteur contribuant à la « lacune de la preuve » réside dans les éléments de preuve concernant les activités des Cooper et des Goucher de 1916 à 1920 inclusivement. Plus précisément, tant les parties que le juge en cabinet se sont attardés à la preuve relative à la question de savoir si un membre de la famille Cooper avait conservé la possession du lot en litige après le départ de George W. en janvier 1916, et à celle relative à la question de savoir pendant combien de temps les Goucher avaient eu la possession du lot en litige, le cas échéant, avant que leur nom figure sur la liste électorale de Fairview en novembre 1920.

[34] Dans le cas des Cooper, nous savons que George W. a déménagé en Australie en janvier 1916. Son fils George R. a épousé Carrie en mai 1915 et une fille, Delores, est née le même mois. Un fils, George S., a suivi en octobre 1916. De février 1917 jusqu’à son décès survenu en février 1918 lors d’un accident du travail, George R. a travaillé pour une fonderie située à Trail, en Colombie-Britannique. Il est probable qu’en décembre 1917 au plus tard, Carrie et les enfants l’avaient rejoint à Trail.

[35] Pour le juge en cabinet, à la lumière de cette preuve, il était certes possible de conclure que des membres de la famille de George R. avaient conservé la possession du lot en litige après janvier 1916. Il a toutefois refusé de tirer cette conclusion puisque, selon lui, il était tout aussi probable que George R. ait abandonné le lot en litige pour s’établir ailleurs à compter de son mariage. Les Mowatt et la Cour d’appel affirment que, pour en arriver à cette conclusion, le juge en cabinet n’a pas tenu compte de l’incidence de la déclaration de la fille de George S. (c.-à-d. la petite-fille de George R.) selon laquelle elle [TRADUCTION] « avait compris » que sa mère (l’épouse de George S.) « croyait » que George S. était né « au bas de la troisième ou de la

disputed lot.<sup>4</sup> The suggestion is, of course, that — since George S. was born nine months after George W.’s departure for Australia — George R. and his family must have continued to possess the disputed lot.

[36] The chambers judge *did*, however, account for this statement, referring to it (BCSC #2, at para. 38) and then concluding (BCSC #2, at para. 40) that the evidence, taken together, did not persuade him of continuous possession. In light of the equivocal quality of the statement, and the multiple layers of hearsay contained within it, he was manifestly entitled to so conclude.

[37] As to the Gouchers, the Mowatts say that the chambers judge failed to consider the significance of the evidence that the Gouchers’ son wrote school examinations in Fairview in December 1919, and of the omission of the Gouchers from the Nelson voters’ list in 1919. The chambers judge specifically took note of that evidence as well as of evidence that the Coopers were known to the Gouchers. The difficulty for the chambers judge was, however, that, while this evidence would place the Gouchers in Fairview as early as 1919, it did not demonstrate to his satisfaction that they possessed the disputed lot at that time. In any event, and as the chambers judge observed, even if the Mowatts could satisfy him that the Gouchers had possessed the disputed lot earlier than 1920, other evidence suggested that the Gouchers were recorded as living in Nelson, not Fairview, in 1916. In other words, even allowing for possession by the Gouchers of the disputed lot as early as 1919, that would still have left a discontinuity of possession, albeit a briefer one, that would have been fatal to the Mowatts’ claim.

<sup>4</sup> While this would otherwise be inadmissible hearsay evidence, s. 8(c) of the *Land Title Inquiry Act* states that the court, in investigating title, may receive and act on “evidence, whether it is or is not receivable or sufficient in point of strict law, . . . as long as it satisfies the court of the truth of the facts intended to be made out by it”.

quatrième rue », ce qui concorde avec l’emplacement du lot en litige<sup>4</sup>. Puisque George S. est né neuf mois après le départ de George W. pour l’Australie, cela supposerait évidemment que George R. et sa famille devaient avoir conservé la possession du lot en litige.

[36] Or, le juge en cabinet *a bel et bien* tenu compte de cette déclaration : après l’avoir évoquée (seconde décision, par. 38), il a conclu (seconde décision, par. 40) qu’il n’était pas convaincu, à la lumière de l’ensemble de la preuve, que la possession avait été continue. Compte tenu de la qualité douteuse de la déclaration et des nombreux degrés de ouï-dire qu’elle renferme, il avait manifestement le droit d’en arriver à cette conclusion.

[37] Les Mowatt affirment par ailleurs quant aux Goucher que le juge en cabinet n’a pas tenu compte de l’importance de la preuve selon laquelle leur fils avait passé des examens scolaires à Fairview en décembre 1919 ni du fait qu’ils ne figuraient pas sur la liste électorale de Nelson en 1919. Or, le juge en cabinet a pris spécifiquement acte de ces faits ainsi que de la preuve montrant que les Cooper étaient connus des Goucher. Cependant, même si cette preuve tendant à montrer que ces derniers avaient habité à Fairview dès 1919, elle n’a pas établi à la satisfaction du juge en cabinet qu’ils avaient alors la possession du lot en litige. En tout état de cause, et comme l’a fait remarquer le juge en cabinet, même si les Mowatt avaient pu le convaincre que le lot en litige se trouvait en la possession des Goucher avant 1920, d’autres éléments de preuve donnaient à penser que ces derniers vivaient à Nelson en 1916, et non à Fairview. En d’autres termes, même s’il était admis que les Goucher avaient la possession du lot en litige dès 1919, il y aurait tout de même eu interruption de la possession, pour une période certes plus courte, mais suffisante pour entraîner le rejet de la revendication des Mowatt.

<sup>4</sup> Malgré le fait que cette déclaration constituerait autrement une preuve par ouï-dire inadmissible, l’al. 8(c) de la *Land Title Inquiry Act* dispose que, dans son analyse du titre, le tribunal peut se fonder sur [TRADUCTION] « la preuve portée à son attention, qu’elle soit ou non recevable ou suffisante en droit, [. . .] pourvu qu’il soit convaincu par cette preuve de la véracité des faits qu’elle vise à établir ».



[38] I acknowledge that the Court of Appeal's finding of fact that adverse possession of the disputed lot was continuous from December 1909 to at least February 1923 is not unreasonable. It is certainly possible to weigh parts of the evidence differently than the chambers judge did. The possibility of alternative findings based on different ascriptions of weight is, however, not unusual, and presents no basis for overturning the findings of a fact-finder. It is not the role of appellate courts to second-guess the weight to be assigned to the various items of evidence. Absent palpable and overriding error — that is, absent an error that is “plainly seen” and has affected the result — an appellate court may not upset a fact-finder's findings of fact (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 6 and 10; see also *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at para. 55). The standard of palpable and overriding error applies with respect to the underlying facts relied upon by the trial judge to draw an inference, and to the inference-drawing process itself (*Housen*, at para. 23). In my respectful view, the Court of Appeal erred by interfering with a factual finding where its objection, in substance, stemmed from a difference of opinion over the weight to be assigned to the evidence. The chambers judge, having held two hearings, the latter of which occurred as a result of his allowing the Mowatts an opportunity to adduce further evidence, and having carefully canvassed the evidence in two sets of cogent and thorough reasons for judgment, reached findings that were available to him on the evidence. Those findings should not have been disturbed.

[39] My conclusion is unaffected by the historical nature of the claim, which the Court of Appeal thought merited an assessment of the evidence that is “broad” and “curious-minded”. The City criticizes this aspect of the Court of Appeal's reasons. It says that, in light of the Court of Appeal's statement (at para. 74) that “[h]ow [the standard of proof on a balance of probabilities] may be met depends on the proof that is capable of presentation”, the Court of Appeal should be taken as having effectively imported a new standard of proof. This is, the

[38] La conclusion de fait de la Cour d'appel selon laquelle la possession adversative du lot en litige a été continue de décembre 1909 jusqu'à au moins février 1923 n'est pas déraisonnable, j'en conviens. Il est certainement possible, en effet, d'apprécier certains éléments de la preuve autrement que ne l'a fait le juge en cabinet. Cela dit, il n'est pas rare que les conclusions à tirer de la preuve puissent varier en fonction du poids attribué à l'un ou l'autre des éléments qui la constituent et cette possibilité ne justifie pas d'infirmer les conclusions du juge des faits. Effectivement, il n'appartient pas aux cours d'appel de remettre en question le poids attribué aux différents éléments de preuve. En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, c.-à-d. une erreur qui est « évidente » et qui a eu une incidence sur le résultat, la cour d'appel ne peut modifier les conclusions de fait du juge des faits : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 6 et 10; voir également *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 55. La norme de l'erreur manifeste et dominante s'applique en ce qui concerne les faits sur lesquels repose l'inférence du juge en cabinet ou en ce qui concerne le processus inférentiel lui-même : *Housen*, par. 23. À mon avis, la Cour d'appel a donc commis une erreur en modifiant une conclusion factuelle essentiellement sur la base d'une divergence d'opinions quant au poids à attribuer aux différents éléments de preuve. Ayant tenu deux audiences, dont la seconde a eu lieu parce qu'il a permis aux Mowatt de présenter des éléments de preuve supplémentaires, et ayant analysé avec soin la preuve dans ses deux décisions convaincantes et détaillées, le juge en cabinet a tiré des conclusions que la preuve lui permettait de tirer. Ces conclusions n'auraient donc pas dû être modifiées.

[39] La nature historique de la revendication qui, de l'avis de la Cour d'appel, méritait une évaluation [TRADUCTION] « globale » de la preuve qui témoigne d'un « esprit ouvert », n'a pas d'incidence sur ma conclusion. La ville critique cet aspect des motifs du jugement de la Cour d'appel. Selon elle, en affirmant (au par. 74) que « [l]a mesure dans laquelle il est possible de satisfaire à [la norme de la prépondérance des probabilités] dépend de la preuve qui peut être présentée », la Cour d'appel a appliqué à toutes fins utiles une nouvelle norme de preuve.

City adds, contrary to this Court's direction in *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 40, that there is "only one civil standard of proof at common law and that is proof on a balance of probabilities".

[40] I do not take the Court of Appeal to have espoused or applied a standard of proof other than the balance of probabilities. The impugned statements go not to the standard of proof, but to the quality of evidence by which that standard is to be met. This Court said in *McDougall* (at para. 46) that "evidence must always be sufficiently clear, convincing and cogent". Those are relative, not absolute qualities. It follows that the quality of evidence necessary to meet that threshold so as to satisfy a trier of fact of a proposition on a balance of probabilities will depend upon the nature of the claim and of the evidence capable of being adduced (*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 82; *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720, at para. 36). In the context of historical adverse possession claims, the quality of the supporting evidence must merely be "as satisfactory as could reasonably be expected, having regard to all the circumstances" (Anglin J., as he then was, in *Tweedie v. The King* (1915), 52 S.C.R. 197, at p. 220; see also Sir Arthur Wilson in *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway*, [1906] A.C. 204 (P.C.), at pp. 209-10).

[41] That said, I respectfully part company from the Court of Appeal in its criticisms of the chambers judge's assessment of the evidence. In my view, the chambers judge, in considering the evidence before him, was carefully attuned to the historical nature of the Mowatts' claim and to its implications for the quality and availability of evidence. Portions of his reasons in this regard merit extensive reproduction here (BCSC #1, paras. 105 and 108), as they demonstrate his sensitivity in this respect:

En outre, de l'avis de la ville, cette approche va à l'encontre de la directive formulée par la Cour dans l'arrêt *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 40, selon laquelle « il n'existe [. . .], en common law, qu'une seule norme de preuve en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités ».

[40] Je ne crois pas que la Cour d'appel ait adopté ou appliqué une norme de preuve autre que celle de la prépondérance des probabilités. Les propos attaqués concernent non pas la norme de preuve, mais plutôt la qualité de la preuve au regard de laquelle la norme doit être respectée. Dans l'arrêt *McDougall* (par. 46), la Cour a affirmé que « la preuve doit toujours être claire et convaincante . . . ». Il s'agit là de qualités relatives et non absolues. Il s'ensuit que la qualité de la preuve nécessaire pour atteindre ce seuil de façon à convaincre le juge des faits que cette preuve satisfait à la norme de la prépondérance des probabilités dépend de la nature de la revendication et de la preuve qui peut être présentée : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 82; *Canada (Procureur général) c. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720, par. 36. Dans le contexte de réclamations fondées sur la possession adversative historique d'un bien-fonds, la qualité de la preuve présentée doit simplement être [TRADUCTION] « aussi satisfaisante que ce à quoi il est raisonnable de s'attendre compte tenu de l'ensemble des circonstances » : le juge Anglin, plus tard Juge en chef, dans *Tweedie c. The King* (1915), 52 R.C.S. 197, p. 220; voir également Sir Arthur Wilson dans *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway*, [1906] A.C. 204 (P.C.), p. 209-210.

[41] Cela étant dit, et en tout respect, je n'adhère pas aux reproches que la Cour d'appel a formulés à l'égard de la façon dont le juge en cabinet a évalué la preuve. À mon avis, lorsqu'il a examiné la preuve portée à son attention, le juge en cabinet était bien conscient de la nature historique de la revendication des Mowatt et de ses incidences sur la qualité et sur la disponibilité des éléments de preuve. Parce qu'ils démontrent que le juge en cabinet était sensible à ces aspects du dossier, il convient ici de reproduire certains passages de ses motifs qui s'y rapportent (première décision, par. 105 et 108) :

I agree with the petitioners that there need not be evidence of possession for every calendar year of the claim period. Thus, if there were cogent evidence that party A took possession in 1912 and transferred possession to party B in 1914, it is a fair and reasonable inference that party A was in possession in 1913. In the words of *Tweedie*, there is “no reason to suppose” that party A abandoned the lands for a period of time.

Putting the petitioners’ case at its highest again, even if I find the Cooper and Goucher residences were one and the same and on the Disputed Area, there is no evidence of continuity of the Coopers’ adverse possession with the Gouchers. In arriving at my conclusions, I am cognizant of the standard of record-keeping nearly a century ago; however, I am not satisfied that the evidence is “as satisfactory as could reasonably be expected, having regard to all the circumstances”: *Tweedie* at 220. The fact that the Gouchers are recorded as living back on Baker Street in Nelson in 1916 is not something I can ignore. Further, according to Ms. Mowatt’s Affidavit #1, the 1918 Directory lists neither the Coopers nor the Gouchers. The petitioners have provided no evidence of adverse possession of the Disputed Area for 1917-1919. [Emphasis added.]

[42] Given the chambers judge’s finding — untainted by palpable and overriding error — that the Mowatts had not established uninterrupted adverse possession over the disputed lot from 1916 through 1920, it is unnecessary to address the submissions of the City and of the Attorney General of British Columbia regarding whether the Mowatts’ claim was defeated for lack of registration. Ms. Marquis held no interest in the disputed lot and therefore no interest therein passed to the Mowatts.

#### IV. Conclusion and Disposition

[43] I would allow the appeal, and restore the decisions of the chambers judge.

[TRANSLATION] Je conviens avec les requérants qu’il n’est pas nécessaire de présenter une preuve de possession pour chaque année civile de la période visée par la revendication. Ainsi, s’il y avait des éléments de preuve établissant de façon convaincante que la partie A a pris possession de la propriété en 1912 et en a transféré la possession à la partie B en 1914, il serait juste et raisonnable d’inférer de cette preuve que la partie A avait la possession de la propriété en 1913. Pour citer *Tweedie*, il n’y a « aucune raison de supposer » que la partie A a abandonné les biens-fonds pendant un certain temps.

Même si j’examinais à nouveau la thèse des requérants sous son meilleur angle et que je concluais que les Cooper et les Goucher ont habité la même résidence sur le lot en litige, il n’y a aucun élément de preuve établissant la continuité de la possession adversative des Cooper avec celle des Goucher. Pour en arriver à mes conclusions, je suis conscient des normes qui avaient cours en matière de publicité des actes il y a près d’un siècle; cependant, je ne suis pas convaincu que la preuve est « aussi satisfaisante qu’on pourrait raisonnablement s’attendre qu’elle le soit, eu égard à l’ensemble des circonstances » : *Tweedie*, p. 220. Le fait que, d’après les registres, les Goucher vivaient sur la rue Baker, à Nelson, en 1916 n’est pas un élément que je peux ignorer. De plus, selon le premier affidavit de M<sup>me</sup> Mowatt, ni les Cooper ni les Goucher ne figurent dans le registre de 1918. Les requérants n’ont présenté aucun élément de preuve établissant la possession adversative du terrain litigieux de 1917 à 1919. [Je souligne.]

[42] Compte tenu de la conclusion du juge en cabinet — qui n’est viciée par aucune erreur manifeste et dominante — selon laquelle les Mowatt n’ont pas fait la preuve d’une possession adversative ininterrompue du lot en litige de 1916 à 1920, il n’est pas nécessaire que nous nous penchions sur les observations de la ville et du procureur de la Colombie-Britannique quant à la question de savoir si l’absence d’enregistrement fait obstacle à la revendication des Mowatt. M<sup>me</sup> Marquis n’avait aucun droit sur le lot en litige, donc aucun droit n’a pu être cédé aux Mowatt.

#### IV. Conclusion et dispositif

[43] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, et de rétablir les décisions du juge en cabinet.

[44] The chambers judge made no order as to costs, citing the particular circumstances of this dispute, including its long-standing nature, the Mowatts' knowledge of the dispute at the time of purchase, and the "inconsistent and contradictory" positions taken by the City and the Province over the years with respect to the disputed lot (BCSC #2, para. 57). In light of those circumstances, and of the divided success of the parties on the issues presented by this appeal, I would also direct that each party shall bear its own costs in this Court and in the courts below.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Norton Rose Fulbright Canada, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

[44] Le juge en cabinet n'a rendu aucune ordonnance quant aux dépens compte tenu des circonstances particulières du litige, y compris sa longue durée, de la connaissance qu'en avaient les Mowatt au moment où ils ont acheté le bien-fonds, et des positions [TRADUCTION] « inconsistantes et contradictoires » adoptées par la ville et la province au fil des ans quant au lot en litige : seconde décision, par. 57. Compte tenu de ces circonstances et du succès mitigé des parties relativement aux questions soulevées dans le présent appel, je serais également d'avis d'ordonner que chaque partie assume ses propres dépens devant la Cour et devant les cours d'instances inférieures.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante : Norton Rose Fulbright Canada, Vancouver.*

*Procureurs des intimés : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

**William Scott Clifford** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association of Ontario  
and Director of Public Prosecutions  
of Canada** *Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. CLIFFORD**

**2017 SCC 9**

File No.: 37140.

2017: February 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Evidence — Alibi — Similar fact evidence — Fire set to garage and trees destroyed on victims' property — Trial judge finding that accused deliberately provided false alibi — Trial judge assessing defence theory that someone other than accused was responsible for prior acts of vandalism against victims — Court of Appeal finding that deliberately false alibi could properly be relied upon by trial judge as evidence of guilt — Court of Appeal concluding that trial judge did not make improper use of prior vandalism evidence as similar fact evidence supporting conviction — Convictions upheld.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Willcock and Fenlon JJ.A.), 2016 BCCA 336, 339 C.C.C. (3d) 276, [2016] B.C.J. No. 1644 (QL), 2016 CarswellBC 2150 (WL Can.), upholding the accused's convictions for arson and mischief entered by Macintosh J., 2015 BCSC 435, [2015] B.C.J. No. 535 (QL), 2015

**William Scott Clifford** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Criminal Lawyers' Association of Ontario  
et directeur des poursuites pénales  
du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CLIFFORD**

**2017 CSC 9**

N° du greffe : 37140.

2017 : 17 février.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis,  
Wagner, Côté, Brown et Rowe.

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

*Droit criminel — Preuve — Alibi — Preuve de faits similaires — Garage incendié et arbres détruits sur la propriété des victimes — Conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé aurait délibérément fourni un faux alibi — Considération par le juge du procès de la thèse de la défense selon laquelle quelqu'un d'autre que l'accusé aurait été responsable d'actes de vandalisme antérieurs commis contre les victimes — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'alibi délibérément faux pouvait à bon droit être invoqué par le juge du procès comme un élément de preuve tendant à établir la culpabilité — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès n'a pas irrégulièrement utilisé la preuve relative aux actes de vandalisme antérieurs comme preuve de faits similaires appuyant la déclaration de culpabilité — Déclarations de culpabilité confirmées.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Willcock et Fenlon), 2016 BCCA 336, 339 C.C.C. (3d) 276, [2016] B.C.J. No. 1644 (QL), 2016 CarswellBC 2150 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour incendie criminel et méfait prononcées contre l'accusé par le juge Macintosh, 2015 BCSC

CarswellBC 745 (WL Can.). Appeal dismissed, Rowe J. dissenting.

*Dane F. Bullerwell and Jeffrey W. Beedell*, for the appellant.

*John M. Gordon, Q.C.*, for the respondent.

*Michael Dineen and Jonathan Dawe*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Janna A. Hyman and François Lacasse*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — A majority of this Court would dismiss the appeal, substantially for the reasons of Willcock J.A. While we appreciate the suggestions of the intervenors that the law be re-examined, we are not satisfied that such re-examination is warranted in this case, particularly where neither party has asked us to depart from the jurisprudence of this Court.

[2] Justice Rowe would have allowed the appeal, based on the dissenting reasons of Newbury J.A., as set out in paras. 22-26 of her reasons.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Pringle, Chivers, Sparks, Teskey, Edmonton; Gowling WLG, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Dawe & Dineen, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Winnipeg and Ottawa.*

435, [2015] B.C.J. No. 535 (QL), 2015 CarswellBC 745 (WL Can.). Pourvoi rejeté, le juge Rowe est dissident.

*Dane F. Bullerwell et Jeffrey W. Beedell*, pour l'appelant.

*John M. Gordon, c.r.*, pour l'intimée.

*Michael Dineen et Jonathan Dawe*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Janna A. Hyman et François Lacasse*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — Notre Cour, à la majorité, est d'avis de rejeter le pourvoi, essentiellement pour les motifs exposés par le juge d'appel Willcock. Bien que nous soyons sensibles aux suggestions des intervenants selon lesquelles il y a lieu de réexaminer le droit, nous ne sommes pas convaincus qu'un tel réexamen s'impose en l'espèce, particulièrement dans un cas où aucune des parties ne nous a demandé de déroger à la jurisprudence de notre Cour.

[2] Le juge Rowe aurait accueilli le pourvoi, pour les raisons énoncées par la juge d'appel Newbury aux par. 22-26 de ses motifs dissidents.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Pringle, Chivers, Sparks, Teskey, Edmonton; Gowling WLG, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Dawe & Dineen, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Winnipeg et Ottawa.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Adam Michael Brown** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. BROWN**

**2017 SCC 10**

File No.: 37153.

2017: February 20.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Fresh evidence — Accused charged with second degree murder and assault with a weapon following shooting — Accused seeking to adduce new evidence on appeal consisting of statements of witness made at trial of co-accused and to police after accused's trial and suggesting he was not shooter — Court of Appeal finding that criteria for admission of new evidence met and that new evidence should be admitted — Admission of fresh evidence, setting aside of convictions and order for new trial upheld.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, McDonald and Bielby JJ.A.), 2016 ABCA 192, 338 C.C.C. (3d) 123, [2016] A.J. No. 640 (QL), 2016 CarswellAlta 1190 (WL Can.), allowing the accused's application to admit new evidence, setting aside his convictions for second degree murder and assault with a weapon entered by Belzil J., 2010 ABQB 720, [2016] A.J. No. 1370 (QL), 2010 CarswellAlta 2334 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Troy Couillard*, for the appellant.

*Daniel J. Song* and *Vincent Rizzuto*, for the respondent.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Adam Michael Brown** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BROWN**

**2017 CSC 10**

N° du greffe : 37153.

2017 : 20 février.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Rowe.

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

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Nouveaux éléments de preuve — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré et d'agression armée à la suite d'une fusillade — Demande présentée par l'accusé afin d'être autorisé à produire lors de l'appel de nouveaux éléments de preuve constitués de déclarations faites par un témoin au procès d'un coaccusé et aux policiers après le procès de l'accusé et tendant à indiquer qu'il n'était pas une des personnes ayant tiré des coups de feu — Conclusion de la Cour d'appel portant que les critères d'admissibilité de nouveaux éléments de preuve étaient respectés et que les nouveaux éléments proposés devaient être admis — Admission de nouveaux éléments de preuve, annulation des déclarations de culpabilité et ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès confirmées.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, McDonald et Bielby), 2016 ABCA 192, 338 C.C.C. (3d) 123, [2016] A.J. No. 640 (QL), 2016 CarswellAlta 1190 (WL Can.), qui a accueilli la requête de l'accusé pour déposer de nouveaux éléments de preuve, annulé les déclarations de culpabilité pour meurtre au deuxième degré et agression armée consignées par le juge Belzil, 2010 ABQB 720, [2016] A.J. No. 1370 (QL), 2010 CarswellAlta 2334 (WL Can.), et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Troy Couillard*, pour l'appelante.

*Daniel J. Song* et *Vincent Rizzuto*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

[1] ABELLA J. — In all the circumstances of this case, we are satisfied that Mr. Sahal’s *K.G.B.* statement was admissible, was reasonably capable of belief, and could reasonably have affected the outcome.

[2] The appeal is therefore dismissed.

*Judgment accordingly.*

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

*Solicitors for the respondent: Sprake Song & Konye, Vancouver.*

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — Eu égard à l’ensemble des circonstances de l’espèce, nous sommes convaincus que la déclaration de type *K.G.B.* de monsieur Sahal était admissible, que l’on pouvait raisonnablement y ajouter foi et qu’il est raisonnable de penser qu’elle aurait pu influencer sur l’issue de l’affaire.

[2] Le pourvoi est en conséquence rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l’intimé : Sprake Song & Konye, Vancouver.*



**Olabode Abayolmi Olotu** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. OLOTU**

**2017 SCC 11**

File No.: 37167.

2017: February 21.

Present: Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Appeals — Misapprehension of evidence — Unreasonable verdict — Accused convicted of sexual assault causing bodily harm — Court of Appeal finding that trial judge did not misapprehend evidence — Verdict not unreasonable — Conviction upheld.*

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (iii).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Jackson, Whitmore and Ryan-Froslic JJ.A.), 2016 SKCA 84, 484 Sask. R. 12, 674 W.A.C. 12, 338 C.C.C. (3d) 321, [2016] S.J. No. 389 (QL), 2016 CarswellSask 453 (WL Can.), upholding the accused's conviction for sexual assault causing bodily harm. Appeal dismissed.

*Mark Vanstone, Karl Roemer and Mike Ochs*, for the appellant.

*Beverly L. Klatt*, for the respondent.

**Olabode Abayolmi Olotu** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. OLOTU**

**2017 CSC 11**

N° du greffe : 37167.

2017 : 21 février.

Présents : Les juges Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit criminel — Appels — Interprétation erronée de la preuve — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle infligeant des lésions corporelles — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès n'a pas mal interprété la preuve — Verdict jugé non déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée.*

#### Jurisprudence

**Arrêt mentionné :** *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(a)(i), (iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Jackson, Whitmore et Ryan-Froslic), 2016 SKCA 84, 484 Sask. R. 12, 674 W.A.C. 12, 338 C.C.C. (3d) 321, [2016] S.J. No. 389 (QL), 2016 CarswellSask 453 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle infligeant des lésions corporelles prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

*Mark Vanstone, Karl Roemer et Mike Ochs*, pour l'appellant.

*Beverly L. Klatt*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] KARAKATSANIS J. — Applying the appellate standard of review, with respect to the question of whether the trial judge misapprehended the evidence or failed to consider the totality of the evidence resulting in a miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, we substantially agree with the reasons of Justice Jackson in the Saskatchewan Court of Appeal on this issue. With respect to the further ground of appeal, the alleged *Beaudry* error (*R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190), we are satisfied that the trial judge did not reach his decision by an illogical or irrational reasoning process, and his verdict was not unreasonable within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. As a result, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: WMCZ Lawyers, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Après avoir examiné, suivant la norme de contrôle applicable en appel, la question de savoir si le juge du procès a mal interprété la preuve ou a omis de considérer la preuve dans son ensemble, causant ainsi une erreur judiciaire visée à l'al. 686(1)a)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, nous souscrivons pour l'essentiel aux motifs de la juge Jackson de la Cour d'appel de la Saskatchewan sur cette question. Pour ce qui est de l'autre moyen d'appel invoqué, l'erreur de type *Beaudry* reprochée (*R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190), nous sommes convaincus que la décision du juge du procès ne repose pas sur un raisonnement illogique ou irrationnel, et que son verdict n'était pas déraisonnable au sens de l'al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*. Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : WMCZ Lawyers, Saskatoon.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

**Carson Bingley** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)  
and Canadian Civil Liberties  
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. BINGLEY**

**2017 SCC 12**

File No.: 36610.

2016: October 13; 2017: February 23.

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

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

*Criminal law — Evidence — Expert evidence — Admissibility — Drug recognition evaluation — Drug recognition expert certified under statutory scheme determining accused driving while drug impaired — Whether s. 254(3.1) of Criminal Code provides for automatic admissibility at trial of opinion evidence of such expert — If not, whether that testimony admissible as expert opinion pursuant to common law rules of evidence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(3.1) — Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations, SOR/2008-196.*

B was observed driving erratically, pulling into a parking lot and striking a car. The police arrived and noted signs of impairment. Therefore, the officer conducted a roadside screening device test for alcohol, which B passed. The officer then requested a roadside sobriety test conducted by a drug recognition expert (“DRE”) certified under the *Criminal Code* and the *Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations* (“Regulations”). B failed the sobriety test, and was arrested for driving while drug impaired. He was taken to a police station where the DRE conducted a 12-step drug

**Carson Bingley** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)  
et Association canadienne des  
libertés civiles** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BINGLEY**

**2017 CSC 12**

N° du greffe : 36610.

2016 : 13 octobre; 2017 : 23 février.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Preuve d'expert — Admissibilité — Évaluation en reconnaissance de drogues — Conclusion de l'expert en reconnaissance de drogues, certifié conformément au régime législatif, selon laquelle l'accusé a conduit avec les facultés affaiblies par la drogue — L'article 254(3.1) du Code criminel prévoit-il l'admissibilité automatique au procès du témoignage d'opinion d'un tel expert? — Si ce n'est pas le cas, ce témoignage est-il admissible en tant que témoignage d'opinion d'un expert suivant les règles de preuve en common law? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254(3.1) — Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool), DORS/2008-196.*

On a vu B conduire de façon irrégulière, entrer dans un stationnement et heurter un véhicule. La police est arrivée et a constaté que B présentait des signes d'affaiblissement des facultés. Par conséquent, une policière lui a fait subir un alcootest, lequel a donné des résultats non incriminants. L'agente a alors demandé à B de se soumettre sur place à un test de sobriété, effectué par un expert en reconnaissance de drogues (« ERD ») certifié sous le régime du *Code criminel* et du *Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool)* (« Règlement »). B a échoué au test, et a été arrêté

recognition evaluation. During the evaluation, B admitted that he had smoked cannabis and taken two alprazolam in the previous 12 hours. An urinalysis revealed the presence of cannabis, cocaine and alprazolam. B was acquitted at his first trial, but the acquittal was overturned and a new trial ordered. At the second trial, contrary to the first, the judge held that s. 254(3.1) of the *Criminal Code* does not allow for the automatic admissibility of the DRE's evidence and that a *voir dire* is required at common law under *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. On that *voir dire*, however, the judge determined that the DRE's evidence was inadmissible as expert or lay opinion evidence and therefore, acquitted B. The summary conviction appeal judge held that s. 254(3.1) renders a DRE's evidence automatically admissible and that in any event, it would be admissible lay opinion. Finally, the Court of Appeal held that DRE evidence is automatically admissible without a *voir dire* and ordered a new trial.

*Held* (Karakatsanis and Gascon JJ. dissenting): The appeal should be dismissed and the order for a new trial confirmed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ.: Section 254(3.1) of the *Criminal Code* does not provide for the automatic admissibility at trial of DRE opinion evidence. Section 254(3.1) gives the police investigative tools to enforce laws against drug-impaired driving; however, it does not dictate whether evidence obtained through the use of those investigative tools will be admissible. When Parliament intends to make evidence automatically admissible, it says so expressly. Because s. 254(3.1) does not speak to admissibility, the common law rules of evidence apply.

Under the common law rules for admissibility, the expert evidence analysis is divided into two stages. At the first stage, the evidence must meet the four *Mohan* factors: relevance, necessity, absence of an exclusionary rule, and special expertise. At the second stage, the trial judge must weigh potential risks against the benefits of admitting the evidence. Because of concessions made by B, the only issue in this case is whether a DRE has special expertise.

pour conduite avec les facultés affaiblies par la drogue. Il a été conduit à un poste de police, où l'ERD a effectué une évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues. Durant l'évaluation, B a admis avoir fumé du cannabis et avoir pris deux comprimés d'alprazolam dans les 12 heures précédentes. Une analyse d'urine a révélé la présence de cannabis, de cocaïne et d'alprazolam. B a été acquitté lors de son premier procès, mais l'acquiescement a été annulé et un nouveau procès a été ordonné. Au second procès, contrairement au premier, le juge a conclu que le par. 254(3.1) du *Code criminel* ne prévoit pas l'admissibilité automatique du témoignage de l'ERD et qu'un voir-dire est requis en common law suivant l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Cependant, lors de ce voir-dire, le juge a conclu que le témoignage de l'ERD était inadmissible en tant que témoignage d'opinion d'un expert ou d'un profane, et en conséquence, il a acquitté B. Le juge d'appel des poursuites sommaires a statué que le par. 254(3.1) rend le témoignage de l'ERD automatiquement admissible et que, de toute façon, il s'agirait d'une opinion de profane admissible. Enfin, la Cour d'appel a conclu que le témoignage de l'ERD est automatiquement admissible sans voir-dire et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt* (les juges Karakatsanis et Gascon sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Côté et Brown : Le paragraphe 254(3.1) du *Code criminel* n'énonce pas l'admissibilité automatique au procès du témoignage d'opinion d'un ERD. Il fournit aux policiers des outils d'enquête leur permettant de faire respecter les dispositions interdisant la conduite avec les facultés affaiblies par la drogue; cependant, il ne précise pas si les éléments de preuve obtenus grâce à ces outils seront admissibles. Lorsque le Parlement entend rendre une preuve automatiquement admissible, il le dit expressément. Comme le par. 254(3.1) ne traite pas de l'admissibilité des éléments de preuve recueillis, les règles de preuve en common law s'appliquent.

Selon les règles de common law sur l'admissibilité, l'analyse du témoignage d'expert se divise en deux étapes. Premièrement, celui-ci doit satisfaire aux quatre critères énoncés dans l'arrêt *Mohan* : pertinence, nécessité, absence de toute règle d'exclusion et expertise particulière. Deuxièmement, le juge du procès doit soupeser les risques éventuels et les avantages que présente l'admission du témoignage. En raison des concessions faites par B, la seule question à résoudre en l'espèce consiste à déterminer si l'ERD possède une expertise particulière.

While the trial judge would normally determine whether an expert has special expertise at a *voir dire*, s. 254(3.1) of the *Criminal Code* and the legislative and regulatory scheme that accompanies it conclusively answer the question. A DRE is a “drug recognition expert”, certified as such for the purposes of the 12-step evaluation. By reason of his training and experience, a DRE undoubtedly possesses expertise on determining drug impairment that is outside the experience and knowledge of the trier of fact. He is thus an expert for the purpose of applying the 12-step evaluation and determining whether that evaluation indicates drug impairment. His expertise has been conclusively and irrebuttably established by Parliament. Knowledge of the underlying science is not a precondition to the admissibility of a DRE’s opinion. Such knowledge is required only where the science is novel. The purpose of the special rule for novel science is to ensure that the reliability of the evidence is established by precedent, evidence or statute. In this case, the reliability of the 12-step evaluation comes from the statutory framework itself.

Where, as here, the four *Mohan* threshold requirements for admissibility are met and there is no question that the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect, the trial judge is not obliged to hold a *voir dire* to determine the admissibility of the evidence. Because the DRE’s evidence is admissible as expert evidence, it is unnecessary to consider whether it could also be admissible as lay opinion.

*Per* Karakatsanis and Gascon JJ. (dissenting): Parliament has not determined that the 12-step DRE evaluation is sufficiently reliable to be admitted as evidence of drug impairment at trial. Parliament has simply endorsed the reliability of the 12-step evaluation as an investigative tool, but not as an evidentiary shortcut at trial. Without the ability to test the reliability of the scientific foundation of a DRE evaluation, the trial judge — acting as gatekeeper — will be unable to assess the probative value of such evidence, and the trier of fact will be unable to assess the weight of such evidence. Courts retain discretion to require — through precedent or evidence on a *voir dire* — confirmation that the science behind DRE evaluations

Bien que le juge du procès détermine normalement si l’expert possède une expertise particulière lors d’un voir-dire, le par. 254(3.1) du *Code criminel* et le régime législatif et réglementaire qui l’accompagne satisfont de façon concluante à l’exigence relative à l’expertise. L’ERD est un « expert en reconnaissance de drogues », certifié comme tel pour l’application du régime d’évaluation en 12 étapes. Du fait de sa formation et de son expérience, l’ERD possède indubitablement une expertise qui dépasse l’expérience et les connaissances du juge des faits lorsqu’il s’agit de vérifier si la capacité d’une personne est affaiblie par une drogue. L’ERD est donc un expert pour ce qui est d’effectuer l’évaluation en 12 étapes et de déterminer si celle-ci indique un affaiblissement des facultés par l’effet d’une drogue. Son expertise a été établie de façon concluante et irréfragable par le législateur fédéral. La connaissance des principes scientifiques sous-jacents ne constitue pas une condition préalable à l’admissibilité de l’opinion d’un ERD. La connaissance de ces principes n’est nécessaire que s’il est question d’un domaine scientifique nouveau. L’objet de la règle spéciale applicable dans un tel cas est de faire en sorte que la fiabilité du témoignage soit établie par la jurisprudence, la preuve ou la loi. En l’espèce, la fiabilité de l’évaluation en 12 étapes découle du régime législatif lui-même.

Si, comme en l’espèce, les quatre critères d’admissibilité de l’arrêt *Mohan* sont respectés et il ne fait aucun doute que la valeur probante du témoignage l’emporte sur son effet préjudiciable, le juge du procès n’est pas obligé de tenir un voir-dire pour statuer sur l’admissibilité de la preuve. Comme le témoignage de l’ERD est admissible en tant que témoignage d’expert, il n’est pas nécessaire de se demander si cette preuve pourrait également être admissible à titre d’opinion de profane.

*Les juges* Karakatsanis et Gascon (dissidents) : Le législateur fédéral n’a pas prévu que l’évaluation en 12 étapes de l’ERD est suffisamment fiable pour être admise au procès comme preuve de l’affaiblissement des facultés par l’effet d’une drogue. Il a simplement reconnu la fiabilité de cette évaluation en vue de fournir un outil d’enquête, et non un raccourci en matière de preuve au procès. S’il est incapable de vérifier la fiabilité du fondement scientifique de l’évaluation de l’ERD, le juge du procès — dans son rôle de gardien du processus judiciaire — ne sera pas en mesure d’apprécier la valeur probante d’une telle preuve, et le juge des faits sera incapable de déterminer le poids à y accorder. Les tribunaux

meets a basic threshold of reliability before admitting the evidence at trial.

Given the unsettled nature of the case law and the relatively recent reception of DRE evidence into Canadian courts, it was open to the trial judge in this case to treat the proposed testimony as an opinion based on novel science. Although he recognized the DRE's special expertise in administering the 12-step evaluation for the purpose of requesting a bodily sample and thereby advancing the police investigation, the trial judge found that the DRE was not trained on the reliability of the 12-step evaluation. Because the Crown did not call a different expert for this purpose, there was a lack of evidence about the reliability of the regime. The trial judge was therefore entitled to exclude the DRE's evidence.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272.

By Karakatsanis J. (dissenting)

*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 254(3.1), (3.4), 258(1)(c), 723(5), 729(1).

conservent le pouvoir discrétionnaire d'exiger une confirmation — soit par voie jurisprudentielle, soit au moyen d'éléments de preuve dans le cadre d'un voir-dire — que les assises scientifiques des évaluations des ERD satisfont à un degré minimal de fiabilité avant de pouvoir admettre une telle évaluation en preuve au procès.

Comme la jurisprudence n'est pas encore bien établie et vu le caractère relativement récent de l'admission de témoignages d'ERD devant les tribunaux canadiens, il était loisible au juge de première instance en l'espèce de considérer le témoignage proposé comme une opinion fondée sur des principes scientifiques nouveaux. Bien que le juge ait reconnu l'expertise spéciale de l'ERD lorsqu'il s'agit d'effectuer l'évaluation en 12 étapes en vue de demander des échantillons de substances corporelles, et de faire avancer ainsi l'enquête policière, il a conclu que celui-ci n'avait pas reçu de formation sur la fiabilité de l'évaluation en 12 étapes. Comme le ministre public n'a pas fait entendre un expert différent sur cette question, la preuve relative à la fiabilité du régime était insuffisante. Le juge du procès pouvait donc exclure le témoignage de l'ERD.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêt appliqué :** *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; **arrêts mentionnés :** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254(3.1), (3.4), 258(1)(c), 723(5), 729(1).

*Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations*, SOR/2008-196, s. 1.

#### Authors Cited

Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-2. *Evidence*, No. 3, 2nd Sess., 39th Parl., October 31, 2007, pp. 7-8.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 72, 1st Sess., 39th Parl., May 30, 2007, pp. 1-2.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Cronk, Gillese and Huscroft JJ.A.), 2015 ONCA 439, 126 O.R. (3d) 525, 20 C.R. (7th) 351, 325 C.C.C. (3d) 525, 335 O.A.C. 328, 80 M.V.R. (6th) 1, [2015] O.J. No. 3171 (QL), 2015 CarswellOnt 8987 (WL Can.), affirming a decision of McLean J., 2014 ONSC 2432, [2014] O.J. No. 2468 (QL), 2014 CarswellOnt 6888 (WL Can.), setting aside the acquittal entered by Frazer J., [2013] O.J. No. 6277 (QL), 2013 CarswellOnt 18815 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal dismissed, Karakatsanis and Gascon JJ. dissenting.

*Trevor Brown and Eric Granger*, for the appellant.

*Joan Barrett*, for the respondent.

*Mark C. Halfyard and Breana Vandebek*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Jasmine T. Akbarali and Stuart A. Zacharias*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

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

[1] THE CHIEF JUSTICE — The issue on this appeal is narrow: Can a drug recognition expert (“DRE”) testify about his or her determination under s. 254(3.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, without a *voir dire* to determine the DRE’s expertise? I conclude that in this case a *voir dire* was not required. I would therefore dismiss the appeal

*Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool)*, DORS/2008-196, art. 1.

#### Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité législatif chargé du projet de loi C-2. *Témoignages*, n° 3, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 31 octobre 2007, p. 7-8.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 72, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 30 mai 2007, p. 1-2.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Cronk, Gillese et Huscroft), 2015 ONCA 439, 126 O.R. (3d) 525, 20 C.R. (7th) 351, 325 C.C.C. (3d) 525, 335 O.A.C. 328, 80 M.V.R. (6th) 1, [2015] O.J. No. 3171 (QL), 2015 CarswellOnt 8987 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge McLean, 2014 ONSC 2432, [2014] O.J. No. 2468 (QL), 2014 CarswellOnt 6888 (WL Can.), qui avait annulé l’acquittement prononcé par le juge Frazer, [2013] O.J. No. 6277 (QL), 2013 CarswellOnt 18815 (WL Can.), et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Karakatsanis et Gascon sont dissidents.

*Trevor Brown et Eric Granger*, pour l’appelant.

*Joan Barrett*, pour l’intimée.

*Mark C. Halfyard et Breana Vandebek*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

*Jasmine T. Akbarali et Stuart A. Zacharias*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

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

[1] LA JUGE EN CHEF — La question en l’espèce est bien circonscrite : Un expert en reconnaissance de drogues (« ERD ») peut-il témoigner au sujet de la conclusion qu’il tire au terme de sa vérification en vertu du par. 254(3.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, sans qu’il soit nécessaire de tenir un voir-dire pour statuer sur son expertise? Je conclus

and confirm the order of the Ontario Court of Appeal for a new trial.

### I. Facts

[2] The appellant, Carson Bingley, was observed driving erratically, pulling into a parking lot, and striking a car. The police were called. Constable Jennifer Tennant arrived and interviewed Mr. Bingley. She testified that his eyes were “glossy” and blood-shot, and that he stumbled and slurred his words. She conducted a roadside screening device test, which Mr. Bingley passed. Constable Tennant then called for a field sobriety test. Constable Tommy Jellinek, a certified DRE under the *Criminal Code*, conducted the standard field sobriety test. Mr. Bingley failed the test, and was arrested for driving while impaired by a drug. Constable Jellinek took Mr. Bingley to a police station and conducted a drug recognition evaluation. During the evaluation, Mr. Bingley admitted he had smoked marijuana (cannabis) and taken two Xanax (alprazolam) in the previous 12 hours. Constable Jellinek concluded that Mr. Bingley was impaired by a drug. Based on his conclusion that Mr. Bingley was impaired, Constable Jellinek ordered a urinalysis under s. 254(3.4), which revealed the presence of cannabis, cocaine and alprazolam.

[3] At trial, the Crown called Constable Jellinek to explain the results of his drug recognition evaluation as evidence of Mr. Bingley’s impairment. The Crown relied on s. 254(3.1) of the *Criminal Code* as establishing the admissibility of Constable Jellinek’s testimony, and argued that no *voir dire* was required.

### II. Relevant Statutory Provisions

[4] The relevant subsections of s. 254 of the *Criminal Code* are as follows:

qu’un voir-dire n’était pas requis dans le cas qui nous occupe. Je rejetterais donc le pourvoi et je confirmerais l’ordonnance de la Cour d’appel de l’Ontario intimant la tenue d’un nouveau procès.

### I. Faits

[2] On a vu l’appelant, Carson Bingley, conduire de façon irrégulière, entrer dans un stationnement et heurter un véhicule. La police a été appelée. À son arrivée, l’agente Jennifer Tennant a interrogé M. Bingley. Elle a témoigné qu’il avait les yeux [TRADUCTION] « vitreux » et injectés de sang, qu’il trébuchait et qu’il n’arrivait pas à articuler. Elle lui a fait subir un alcootest, lequel a donné des résultats non incriminants. L’agente Tennant lui a alors intimé de se soumettre sur place à un test de sobriété. L’agent Tommy Jellinek, un ERD certifié sous le régime du *Code criminel*, a fait passer à M. Bingley le test de sobriété normalisé. Ce dernier a échoué au test, et a été arrêté pour conduite avec les facultés affaiblies par l’effet d’une drogue. L’agent Jellinek a conduit M. Bingley à un poste de police et a effectué une évaluation en reconnaissance de drogues. Durant l’évaluation, M. Bingley a admis avoir fumé de la marijuana (cannabis) et avoir pris deux Xanax (alprazolam) dans les 12 heures précédentes. L’agent Jellinek a conclu que M. Bingley avait les facultés affaiblies par une drogue. Vu sa conclusion, il a ordonné une analyse d’urine en vertu du par. 254(3.4), laquelle a révélé la présence de cannabis, de cocaïne et d’alprazolam.

[3] Au procès, le ministère public a fait témoigner l’agent Jellinek pour qu’il explique les résultats de son évaluation en reconnaissance de drogues, afin de prouver l’affaiblissement des facultés de M. Bingley. Invoquant le par. 254(3.1) du *Code criminel* comme fondement de l’admissibilité du témoignage de l’agent Jellinek, le ministère public a soutenu qu’aucun voir-dire n’était requis.

### II. Dispositions législatives pertinentes

[4] Les paragraphes pertinents de l’art. 254 du *Code criminel* sont les suivants :



## Evaluation

(3.1) If a peace officer has reasonable grounds to believe that a person is committing, or at any time within the preceding three hours has committed, an offence under paragraph 253(1)(a) as a result of the consumption of a drug or of a combination of alcohol and a drug, the peace officer may, by demand made as soon as practicable, require the person to submit, as soon as practicable, to an evaluation conducted by an evaluating officer to determine whether the person's ability to operate a motor vehicle, a vessel, an aircraft or railway equipment is impaired by a drug or by a combination of alcohol and a drug, and to accompany the peace officer for that purpose.

## Samples of bodily substances

(3.4) If, on completion of the evaluation, the evaluating officer has reasonable grounds to believe, based on the evaluation, that the person's ability to operate a motor vehicle, a vessel, an aircraft or railway equipment is impaired by a drug or by a combination of alcohol and a drug, the evaluating officer may, by demand made as soon as practicable, require the person to provide, as soon as practicable,

- (a) a sample of either oral fluid or urine that, in the evaluating officer's opinion, will enable a proper analysis to be made to determine whether the person has a drug in their body; or
- (b) samples of blood that, in the opinion of the qualified medical practitioner or qualified technician taking the samples, will enable a proper analysis to be made to determine whether the person has a drug in their body.

## III. Judgments Below

[5] The judge at the first trial allowed Constable Jellinek to testify as an expert regarding the results of the drug recognition evaluation without a *voir dire*, but acquitted Mr. Bingley. On appeal, the acquittal was overturned and a new trial ordered (2012 ONSC 1186). The Crown again sought to admit Constable Jellinek's evidence pursuant to s. 254(3.1). At the second trial, the judge held that s. 254(3.1) did not

## Évaluation

(3.1) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des trois heures précédentes, une infraction prévue à l'alinéa 253(1)a) par suite de l'absorption d'une drogue ou d'une combinaison d'alcool et de drogue peut, à condition de le faire dans les meilleurs délais, lui ordonner de se soumettre dans les meilleurs délais à une évaluation afin que l'agent évaluateur vérifie si sa capacité de conduire un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire est affaiblie par suite d'une telle absorption, et de le suivre afin qu'il soit procédé à cette évaluation.

## Prélèvement de substances corporelles

(3.4) Une fois l'évaluation de la personne complétée, l'agent évaluateur qui a, sur le fondement de cette évaluation, des motifs raisonnables de croire que la capacité de celle-ci de conduire un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet d'une drogue ou par l'effet combiné de l'alcool et d'une drogue peut, à condition de le faire dans les meilleurs délais, lui ordonner de se soumettre dans les meilleurs délais aux mesures suivantes :

- a) soit le prélèvement de l'échantillon de liquide buccal ou d'urine qui, de l'avis de l'agent évaluateur, est nécessaire à une analyse convenable permettant de déterminer la présence d'une drogue dans son organisme;
- b) soit le prélèvement des échantillons de sang qui, de l'avis du technicien ou du médecin qualifiés qui effectuent le prélèvement, sont nécessaires à une analyse convenable permettant de déterminer la présence d'une drogue dans son organisme.

## III. Jugements des instances inférieures

[5] Le juge qui a présidé le premier procès a, sans au préalable tenir de voir-dire, permis à l'agent Jellinek de témoigner comme expert relativement aux résultats de l'évaluation en reconnaissance de drogues, mais il a acquitté M. Bingley. En appel, l'acquiescement a été annulé et un nouveau procès a été ordonné (2012 ONSC 1186). Le ministère public a tenté une fois de plus de faire admettre

allow for the automatic admissibility of Constable Jellinek's evidence. He then considered whether Constable Jellinek's evidence was admissible as expert opinion evidence pursuant to *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. He held that Constable Jellinek could not be qualified as an expert because he was not trained in the science underlying the drug recognition procedure. He also concluded that the evidence was not admissible lay opinion. He acquitted Mr. Bingley. The Crown successfully appealed the second acquittal. The summary conviction appeal judge held that s. 254(3.1) rendered a DRE's opinion automatically admissible and that in any event, it would be admissible lay opinion (2014 ONSC 2432).

[6] The Court of Appeal held that Constable Jellinek's opinion evidence was admissible without a *voir dire*. Section 254(3.1) allows a DRE "to determine" whether an individual is impaired due to a drug or a combination of drugs and alcohol. It is implicit that this determination is automatically admissible as opinion evidence, the court opined. Parliament created a detailed regime and satisfied itself of the science of the drug recognition evaluation prescribed by the *Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations*, SOR/2008-196 ("Regulations"); this suffices to determine admissibility. The Court of Appeal accordingly ordered a new trial (2015 ONCA 439, 126 O.R. (3d) 525).

#### IV. Issues

[7] The admissibility of Constable Jellinek's opinion evidence depends on the answers to three questions. First, does s. 254(3.1) of the *Criminal Code* provide for the automatic admissibility of DRE opinion evidence? Second, if it does not, is Constable Jellinek's testimony admissible as expert opinion pursuant to the common law rules of evidence?

le témoignage de l'agent Jellinek sur la base du par. 254(3.1). Au second procès, le juge a conclu que le par. 254(3.1) ne prévoyait pas l'admissibilité automatique du témoignage de l'agent Jellinek. Il s'est ensuite demandé si ce témoignage était admissible à titre de témoignage d'opinion d'un expert suivant l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. À son avis, l'agent Jellinek ne pouvait pas être reconnu comme expert, car il n'avait pas de formation sur les principes scientifiques à la base de la procédure de reconnaissance de drogues. Il a aussi conclu que ce témoignage ne constituait pas une opinion de profane admissible. Il a acquitté M. Bingley. Le ministre public a interjeté appel avec succès du deuxième acquittement. Le juge d'appel des poursuites sommaires a statué que le par. 254(3.1) rendait l'opinion de l'ERD automatiquement admissible et que, de toute façon, il s'agissait d'une opinion de profane admissible (2014 ONSC 2432).

[6] La Cour d'appel a conclu que le témoignage d'opinion de l'agent Jellinek était admissible sans voir-dire. Le paragraphe 254(3.1) permet à un ERD de « vérifier[r] » si les facultés d'une personne sont affaiblies par l'effet d'une drogue ou d'une combinaison de drogues et d'alcool. De l'avis de la cour, il est implicite que la conclusion tirée au terme de cette vérification est automatiquement admissible en tant que témoignage d'opinion. Le Parlement a créé un régime détaillé et s'est assuré de la validité des assises scientifiques de l'évaluation en reconnaissance de drogues prescrite par le *Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool)*, DORS/2008-196 (« Règlement »); cela suffit pour établir l'admissibilité de cette preuve. La Cour d'appel a donc ordonné un nouveau procès (2015 ONCA 439, 126 O.R. (3d) 525).

#### IV. Questions en litige

[7] L'admissibilité du témoignage d'opinion de l'agent Jellinek dépend de la réponse à trois questions. Premièrement, le par. 254(3.1) du *Code criminel* prévoit-il l'admissibilité automatique du témoignage d'opinion de l'ERD? Deuxièmement, si ce n'est pas le cas, le témoignage de l'agent Jellinek est-il admissible en tant que témoignage d'opinion

Third, if Constable Jellinek's evidence is not admissible expert opinion evidence, is it admissible as lay opinion evidence?

#### V. Analysis

[8] Driving while impaired by drugs is a dangerous and, sadly, common activity, prohibited by the *Criminal Code*. Parliament long ago established a regime to enforce the law against alcohol-impaired driving, with breathalyzer testing and analyst certification at its centre. Enforcing the offence of drug-impaired driving was more elusive.

[9] To meet the need to enforce the law against drug-impaired driving, Parliament set up a regime to test for drug impairment in 2008. The centrepiece of the regime is a 12-part evaluation for drug impairment, established by the Regulations, to be administered by police officers called DREs.<sup>1</sup> DREs receive special training and certification. Section 254(3.1) of the *Criminal Code* provides law enforcement, for the first time, with the power to compel a person to submit to a drug recognition evaluation when there are reasonable grounds to believe that a person has driven while impaired by drugs or by a combination of drugs and alcohol. If the 12-step evaluation administered by a DRE provides him or her with reasonable grounds to believe that the person is impaired by a drug, s. 254(3.4) allows the police to

<sup>1</sup> The Regulations are based on the procedure set out by the International Association of Chiefs of Police ("IACP"), and DREs must be accredited by that organization: Regulations, s. 1. The procedure set out by the IACP was referred to in legislative debates that led to the adoption of s. 254(3.1) of the *Criminal Code* as the intended drug evaluation scheme: see House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 72, 1st Sess., 39th Parl., May 30, 2007, at pp. 1-2; House of Commons, Legislative Committee on Bill C-2, *Evidence*, No. 3, 2nd Sess., 39th Parl., October 31, 2007, at pp. 7-8.

d'un expert suivant les règles de preuve en common law? Troisièmement, s'il ne constitue pas un témoignage d'opinion d'expert admissible, le témoignage de l'agent Jellinek est-il admissible à titre de témoignage d'opinion d'un profane?

#### V. Analyse

[8] Le fait de conduire avec les facultés affaiblies par la drogue constitue un acte dangereux et malheureusement fréquent, qui est prohibé par le *Code criminel*. Le législateur fédéral a établi il y a longtemps un régime visant à faire respecter les dispositions interdisant la conduite avec les facultés affaiblies par l'alcool, régime au centre duquel se trouvent l'alcootest et le certificat de l'analyste. L'application de l'infraction de conduite avec les facultés affaiblies par l'effet d'une drogue s'est toutefois révélée plus difficile.

[9] Pour répondre au besoin de faire respecter la loi à cet égard, le législateur a instauré en 2008 un régime qui permet de vérifier si la capacité d'un conducteur est affaiblie par une drogue. La pièce maîtresse de ce régime est une évaluation en 12 étapes établie par le Règlement qui doit être effectuée par des ERD, c'est-à-dire des policiers qui ont reçu une formation et une attestation spéciales<sup>1</sup>. Le paragraphe 254(3.1) du *Code criminel* confère pour la première fois aux responsables de l'application de la loi le pouvoir d'obliger une personne à se soumettre à une évaluation en reconnaissance de drogues lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle a conduit avec les facultés affaiblies par l'effet de drogues ou d'une combinaison de drogues et d'alcool. Si, après l'évaluation en 12 étapes,

<sup>1</sup> Le Règlement repose sur la procédure établie par l'Association internationale des chefs de police, et l'ERD doit être agréé par cette organisation (Règlement, art. 1). Cette procédure a été mentionnée lors des débats parlementaires ayant mené à l'adoption du par. 254(3.1) du *Code criminel* comme régime à envisager en matière d'évaluation en reconnaissance de drogues (voir Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 72, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 30 mai 2007, p. 1-2; Chambre des communes, Comité législatif chargé du projet de loi C-2, *Témoignages*, n° 3, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 31 octobre 2007, p. 7-8).

take tests of oral fluid, urine or blood, to determine whether the person in fact has drugs in his or her body.

[10] The Crown argues that s. 254(3.1) has supplanted the common law and that a DRE's determination is admissible at trial against the accused as evidence of impairment by drug. Mr. Bingley contends that the determination is only admissible if the DRE is established as an expert on a *voir dire*, pursuant to *Mohan*. To put it succinctly, the central issue on this appeal is whether s. 254(3.1) makes the DRE's opinion evidence *automatically admissible* (the Crown's position) or whether a *special hearing is required to determine admissibility*, as required at common law under *Mohan* (Mr. Bingley's position). In the alternative, the Crown argues that Constable Jellinek's evidence should be admitted as lay opinion evidence.

A. *Have the Common Law Rules of Evidence Been Displaced?*

[11] Clear and unambiguous language is required to displace common law rules, including rules of evidence: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paras. 29-30. The Crown argues that the words "to determine" in s. 254(3.1) are clear enough to do this. I do not agree. Section 254(3.1) calls on the DRE to form an opinion about whether a person is impaired by drug. It does not follow that the opinion will be automatically admissible at trial.

l'ERD a des motifs raisonnables de croire que cette personne a les facultés affaiblies par une drogue, le par. 254(3.4) autorise les policiers à faire prélever des échantillons de liquide buccal, d'urine ou de sang de cette personne pour vérifier si des drogues sont bel et bien présentes dans son organisme.

[10] Le ministère public soutient que le par. 254(3.1) a supplanté la common law et que la conclusion tirée par l'ERD au terme de sa vérification est admissible au procès contre l'accusé comme preuve de l'affaiblissement de ses facultés par l'effet d'une drogue. Pour sa part, M. Bingley fait valoir que cette conclusion n'est admissible que si l'ERD est reconnu comme expert au terme d'un voir-dire, conformément à l'arrêt *Mohan*. En bref, la question centrale en l'espèce est de savoir si le par. 254(3.1) rend *automatiquement admissible* le témoignage d'opinion de l'ERD (la thèse du ministère public), ou si, comme l'exige la common law suivant l'arrêt *Mohan*, une *audience spéciale est requise pour décider de l'admissibilité de cette preuve* (la thèse de M. Bingley). Subsidiairement, le ministère public prétend que le témoignage de l'agent Jellinek devrait être admis à titre d'opinion donnée par un profane.

A. *Les règles de preuve en common law ont-elles été écartées?*

[11] Les règles de common law, notamment les règles de preuve, ne peuvent être écartées que par un texte clair et sans équivoque (voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 29-30). Le ministère public soutient que le verbe « vérifie » au par. 254(3.1) est suffisamment clair pour produire cet effet. Je ne suis pas d'accord. Dans le cadre de l'application du par. 254(3.1), l'ERD est appelé à se faire une opinion sur la question de savoir si la capacité d'une personne est affaiblie par une drogue. Il ne s'ensuit pas que cette opinion sera automatiquement admissible au procès.

[12] The purpose of s. 254(3.1) confirms that a DRE's opinion is not automatically admissible at trial. Section 254(3.1) gives the police investigative tools to enforce laws against drug-impaired driving. It does not dictate whether evidence obtained through the use of those investigative tools will be admissible at trial. When Parliament intends to make evidence automatically admissible, it says so expressly: see, e.g., *Criminal Code*, ss. 723(5) (hearsay evidence) and 729(1) (analyst certificate on conditional sentence breaches). As section 254(3.1) does not speak to admissibility, the common law rules of evidence apply.

B. *Is the Evidence Admissible Expert Opinion?*

[13] The modern legal framework for the admissibility of expert opinion evidence was set out in *Mohan* and clarified in *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182. This framework guards against the dangers of expert evidence. It ensures that the trial does not devolve into “trial by expert” and that the trier of fact maintains the ability to critically assess the evidence: see *White Burgess*, at paras. 17-18. The trial judge acts as gatekeeper to ensure that expert evidence enhances, rather than distorts, the fact-finding process.

[14] The expert evidence analysis is divided into two stages. First, the evidence must meet the four *Mohan* factors: (1) relevance; (2) necessity; (3) absence of an exclusionary rule; and (4) special expertise. Second, the trial judge must weigh potential risks against the benefits of admitting the evidence: *White Burgess*, at para. 24.

[15] If at the first stage, the evidence does not meet the threshold *Mohan* requirements, it should not be admitted. The evidence must be logically relevant to a fact in issue: *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97

[12] L'objet du par. 254(3.1) confirme que l'opinion de l'ERD n'est pas automatiquement admissible au procès. Le paragraphe 254(3.1) fournit aux policiers des outils d'enquête leur permettant de faire respecter les dispositions interdisant la conduite avec les facultés affaiblies par la drogue. Il ne précise pas si les éléments de preuve obtenus grâce à ces outils seront admissibles au procès. Lorsque le législateur entend rendre une preuve automatiquement admissible, il le dit expressément (voir p. ex. les par. 723(5) (preuve par ouï-dire) et 729(1) (certificat de l'analyste en cas de manquement à une ordonnance de sursis) du *Code criminel*). Comme le par. 254(3.1) ne traite pas de l'admissibilité des éléments de preuve recueillis, les règles de preuve en common law s'appliquent.

B. *Le témoignage constitue-t-il une opinion d'expert admissible?*

[13] Le cadre légal moderne régissant l'admissibilité du témoignage d'opinion d'un expert a été énoncé dans *Mohan* et clarifié dans *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182. Ce cadre permet de parer aux dangers du témoignage d'expert. Il fait en sorte que le procès ne se transforme pas en un « procès instruit par des experts » et que le juge des faits demeure capable de faire un examen critique de la preuve (voir *White Burgess*, par. 17-18). Le juge du procès agit comme gardien du processus judiciaire et veille à ce que les témoignages d'expert viennent renforcer, plutôt que fausser, le processus de détermination des faits.

[14] L'analyse du témoignage d'expert se divise en deux étapes. Premièrement, celui-ci doit satisfaire aux quatre critères énoncés dans l'arrêt *Mohan* : (1) pertinence, (2) nécessité, (3) absence de toute règle d'exclusion et (4) expertise particulière. Deuxièmement, le juge du procès doit soupeser les risques éventuels et les avantages que présente l'admission du témoignage (*White Burgess*, par. 24).

[15] Si, à la première étape de l'analyse, le témoignage ne satisfait pas aux critères établis dans *Mohan*, il ne devrait pas être admis. Le témoignage doit être logiquement pertinent à l'égard d'un fait

O.R. (3d) 330, at para. 82; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at para. 47. It must be necessary “to enable the trier of fact to appreciate the matters in issue” by providing information outside of the experience and knowledge of the trier of fact: *Mohan*, at p. 23; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 57. Opinion evidence that otherwise meets the *Mohan* requirements will be inadmissible if another exclusionary rule applies: *Mohan*, at p. 25. The opinion evidence must be given by a witness with special knowledge or expertise: *Mohan*, at p. 25. In the case of an opinion that is based on a novel scientific theory or technique, a basic threshold of reliability of the underlying science must also be established: *White Burgess*, at para. 23; *Mohan*, at p. 25.

[16] At the second stage, the trial judge retains the discretion to exclude evidence that meets the threshold requirements for admissibility if the risks in admitting the evidence outweighs its benefits. While this second stage has been described in many ways, it is best thought of as an application of the general exclusionary rule: a trial judge must determine whether the benefits in admitting the evidence outweigh any potential harm to the trial process: *Abbey*, at para. 76. Where the probative value of the expert opinion evidence is outweighed by its prejudicial effect, it should be excluded: *Mohan*, at p. 21; *White Burgess*, at paras. 19 and 24.

[17] The expert opinion admissibility analysis cannot be “conducted in a vacuum”: *Abbey*, at para. 62. Before applying the two-stage framework, the trial judge must determine the nature and scope of the proposed expert opinion. The boundaries of the proposed expert opinion must be carefully delineated to ensure that any harm to the trial process is minimized: see *Abbey*, at para. 62; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 46.

[18] The only issue in this case is whether Constable Jellinek has special expertise as required by the fourth *Mohan* factor. Mr. Bingley concedes that

en cause (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 82; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 47). Il doit être nécessaire « pour permettre au juge des faits d’apprécier les questions en litige » en lui fournissant des renseignements qui dépassent son expérience et ses connaissances (*Mohan*, p. 23; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 57). Un témoignage d’opinion qui respecte par ailleurs les exigences de l’arrêt *Mohan* sera inadmissible si une autre règle d’exclusion s’applique (*Mohan*, p. 25). Un tel témoignage doit être donné par un témoin qui possède des connaissances spéciales ou une expertise particulière (*Mohan*, p. 25). Dans le cas d’une opinion fondée sur une théorie ou technique scientifique nouvelle, les principes scientifiques sur lesquels repose l’opinion doivent également respecter un degré minimal de fiabilité (*White Burgess*, par. 23; *Mohan*, p. 25).

[16] À la deuxième étape de l’analyse, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d’exclure un témoignage qui satisfait aux critères minimaux d’admissibilité si les risques de son admission l’emportent sur ses avantages. Bien que cette seconde étape ait été décrite de nombreuses façons, il vaut mieux la considérer comme une application de la règle générale d’exclusion : le juge du procès doit déterminer si les avantages de son admission l’emportent sur le préjudice potentiel pour le procès (*Abbey*, par. 76). Lorsque l’effet préjudiciable du témoignage d’opinion d’un expert l’emporte sur sa valeur probante, ce témoignage devrait être exclu (*Mohan*, p. 21; *White Burgess*, par. 19 et 24).

[17] L’analyse relative à l’admissibilité de l’opinion d’un expert ne saurait être [TRADUCTION] « effectuée dans l’abstrait » (*Abbey*, par. 62). Avant d’appliquer le cadre d’analyse en deux étapes, le juge du procès doit déterminer la nature et la portée de l’opinion d’expert proposée, laquelle doit être soigneusement circonscrite afin de réduire le risque de viciation du procès (voir *Abbey*, par. 62; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 46).

[18] La seule question à résoudre en l’espèce consiste à déterminer si, comme l’exige le quatrième critère de l’arrêt *Mohan*, l’agent Jellinek possède une

the proposed evidence is logically relevant, necessary, and not subject to any other exclusionary rule. Nor does Mr. Bingley argue that the evidence should be excluded because its prejudicial effect outweighs its probative value. On the facts of this case, these were appropriate concessions.

[19] The basic requirement of expertise for an expert witness is that the witness has expertise outside the experience and knowledge of the trier of fact. The question is whether Constable Jellinek, the DRE in this case, met this requirement. In my view, he did.

[20] The DRE, literally, is a “drug recognition expert”, certified as such for the purposes of the scheme. It is undisputed that the DRE receives special training in how to administer the 12-step drug recognition evaluation and in what inferences may be drawn from the factual data he or she notes. It is for this limited purpose that a DRE can assist the court by offering expert opinion evidence.

[21] While a DRE’s evaluation certainly has an investigative purpose, their application of the 12-step drug recognition evaluation and determination of impairment is relevant evidence and can assist the trier of fact. The DRE’s opinion is based on his or her specialized training and experience in conducting the evaluation. By reason of this training and experience, all DREs undoubtedly possess expertise on determining drug impairment that is outside the experience and knowledge of the trier of fact.

[22] This conclusion is not negated by the fact that a DRE is not trained in the science underlying the development of the 12-step evaluation. The test for expertise is merely knowledge outside the experience and knowledge of the trier of fact. Knowledge of the underlying science is not a precondition

expertise particulière. M. Bingley concède que le témoignage proposé est logiquement pertinent, qu’il est nécessaire et qu’il n’est assujéti à aucune autre règle d’exclusion. Il ne soutient pas non plus que le témoignage devrait être exclu parce que son effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante. Au vu des faits de l’espèce, ces concessions s’imposaient.

[19] Suivant l’exigence minimale relative à l’expertise d’un témoin expert, celui-ci doit posséder une expertise qui dépasse l’expérience et les connaissances du juge des faits. La question est de savoir si l’agent Jellinek, l’ERD concerné en l’espèce, remplissait cette exigence. Je suis d’avis que oui.

[20] L’ERD est, comme l’indique son titre au long, un « expert en reconnaissance de drogues », certifié comme tel pour l’application du régime. Il n’est pas contesté que celui-ci reçoit une formation spéciale sur la façon d’effectuer l’évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues et sur les inférences susceptibles d’être tirées des données factuelles qu’il constate. C’est à cette fin limitée qu’un ERD peut assister le tribunal en produisant un témoignage d’opinion à titre d’expert.

[21] Bien que l’évaluation en 12 étapes de l’ERD vise certainement à appuyer l’enquête policière, la façon dont celle-ci est effectuée et la conclusion d’affaiblissement des facultés qui peut en découler constituent une preuve pertinente susceptible d’aider le juge des faits. L’opinion de l’ERD repose sur sa formation spécialisée et son expérience dans la conduite de l’évaluation. Du fait de cette formation et de cette expérience, tous les ERD possèdent indubitablement une expertise qui dépasse l’expérience et les connaissances du juge des faits lorsqu’il s’agit de vérifier si la capacité d’une personne est affaiblie par une drogue.

[22] Le bien-fondé de cette conclusion n’est pas contredit par le fait qu’un ERD n’a pas de formation sur les principes scientifiques à la base de l’évaluation en 12 étapes. Le critère applicable pour reconnaître l’expertise exige simplement que l’intéressé possède des connaissances qui dépassent

to the admissibility of a DRE's opinion. The scope of a DRE's expertise is in the application of the prescribed 12-step evaluation, not in its scientific foundation. Expert witnesses are not barred from assisting the court with their special knowledge simply because they are not trained in the underlying science of the field. Such knowledge is required only where the science is novel.

[23] In his analysis, the trial judge focused on the reliability of the underlying science and determined that, as novel science, the DRE opinion evidence could not be admitted without a witness being able to explain the scientific validity of the evaluation. The purpose of the special rule for novel scientific evidence is to ensure that the reliability of the underlying technique or procedure used in forming the opinion has to be established by precedent, evidence, or statute.

[24] In this case, the reliability of the 12-step evaluation comes from the statutory framework itself. Parliament has determined that the 12-step evaluation performed by a trained DRE constitutes evidence of drug impairment. It may not be conclusive, but it is evidence beyond the experience and knowledge of the trier of fact.

[25] My colleague concludes that as s. 254(3.1) and the Regulations do not “clearly designat[e]” DRE opinion evidence admissible in evidence, reliability must be otherwise established. I cannot agree. It is true that s. 254(3.1) and the Regulations do not provide for the automatic admissibility of DRE opinion evidence. But that does not end the inquiry. The Regulations set out a uniform evaluative framework that a DRE must follow in order to reach a conclusion regarding drug impairment for the purposes of s. 254(3.1). Parliament is entitled to establish such a framework, and in doing so, establish

l'expérience et les connaissances du juge des faits. La connaissance des principes scientifiques sous-jacents ne constitue pas une condition préalable à l'admissibilité de l'opinion d'un ERD. L'étendue de l'expertise d'un ERD porte sur la réalisation de l'évaluation en 12 étapes prescrite, et non sur le fondement scientifique de celle-ci. Le simple fait qu'un témoin expert n'ait pas de formation sur les principes scientifiques sous-jacents ne l'empêche pas d'assister le tribunal au moyen de ses connaissances spécialisées. La connaissance de ces principes n'est nécessaire que s'il est question d'un domaine scientifique nouveau.

[23] Dans son analyse, le juge du procès s'est attaché à la fiabilité des principes scientifiques applicables, et il a conclu que, comme il s'agit d'un domaine scientifique nouveau, le témoignage d'opinion de l'ERD ne pouvait pas être admis sans qu'un témoin ne vienne expliquer la validité scientifique de l'évaluation. L'objet de la règle spéciale applicable à l'égard d'une preuve scientifique nouvelle est de faire en sorte que la fiabilité de la technique ou de la procédure utilisée pour former l'opinion soit établie par la jurisprudence, la preuve ou la loi.

[24] En l'espèce, la fiabilité de l'évaluation en 12 étapes découle du régime législatif lui-même. Le législateur a décidé que, si elle est effectuée par un ERD qualifié, cette évaluation constitue une preuve de l'affaiblissement des facultés par l'effet d'une drogue. Elle peut ne pas être concluante, mais il s'agit d'une preuve qui dépasse l'expérience et les connaissances du juge des faits.

[25] Ma collègue conclut que, comme l'admissibilité en preuve du témoignage d'opinion de l'ERD n'est pas « indiqu[ée] clairement » au par. 254(3.1) et dans le Règlement, la fiabilité doit être établie autrement. Je ne suis pas de cet avis. Il est vrai que le par. 254(3.1) et le Règlement n'énoncent pas l'admissibilité automatique d'un tel témoignage. Mais cela ne met pas fin à l'analyse. Le Règlement établit un cadre d'évaluation uniforme que l'ERD doit suivre afin de tirer une conclusion sur l'affaiblissement des facultés par l'effet d'une drogue pour l'application du par. 254(3.1). Le législateur a le pouvoir



that the 12-step drug evaluation is sufficiently reliable for the purposes of determining impairment. No further evaluation of the reliability of the steps mandated by the Regulations is required. Any challenge to the underlying effectiveness of the evaluation would require a challenge to the legislative framework itself.

[26] Allowing a DRE to give relevant opinion evidence outside the experience and knowledge of the trier of fact is not “an unqualified endorsement of the underlying science” of the 12-step drug evaluations, as my colleague suggests (para. 46). Reliability is not assessed in a vacuum. Parliament has established, through the adoption of the Regulations, that the 12-step drug evaluation is sufficiently reliable for the purpose of a DRE’s determination of impairment under s. 254(3.1). The scope of a DRE’s expertise is limited to that determination, and it is only for the purpose of making that determination that Parliament has established the 12-step drug evaluation’s reliability.

[27] Mr. Bingley conceded that all the *Mohan* requirements other than special expertise were met and does not argue that the evidence should be excluded under the second stage of the admissibility analysis. Parliament has established the required expertise. It follows that the DRE’s evidence is admissible in this case. To put it another way, the only purpose of a *voir dire* in this case would be to determine whether Constable Jellinek has expertise over and above an ordinary person. Normally, the judge determines this on evidence adduced at the *voir dire*. But s. 254(3.1) and the legislative and regulatory scheme that accompanies it conclusively answer the question of expertise. The DRE is established by Parliament to possess special expertise outside the experience and knowledge of the trier of fact. He is thus an expert for the purpose of applying the 12-step evaluation and determining whether that evaluation indicates drug impairment for the purposes of s. 254(3.1). His

d’instaurer un tel cadre, et, ce faisant, de décréter que l’évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues est suffisamment fiable pour permettre de déterminer s’il y a affaiblissement des facultés. Aucune autre évaluation de la fiabilité des étapes prescrites par le Règlement n’est requise. Pour remettre en question l’efficacité fondamentale de l’évaluation, il faudrait remettre en question le régime législatif lui-même.

[26] Contrairement à ce que suggère ma collègue, permettre à l’ERD de donner un témoignage d’opinion pertinent qui dépasse l’expérience et les connaissances du juge des faits ne constitue pas « une reconnaissance sans réserve des principes scientifiques » sur lesquels repose l’évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues (par. 46). La fiabilité ne s’apprécie pas dans l’abstrait. Le législateur a considéré, au moyen du Règlement, que cette procédure est suffisamment fiable pour permettre à l’ERD de déterminer s’il y a affaiblissement des facultés pour l’application du par. 254(3.1). Le domaine d’expertise de l’ERD se limite à cette détermination, et c’est uniquement pour lui permettre de procéder à celle-ci que le législateur a reconnu la fiabilité de l’évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues.

[27] M. Bingley a concédé que toutes les exigences de l’arrêt *Mohan* autres que celle relative à l’expertise particulière avaient été remplies, et ne soutient pas que le témoignage devrait être exclu à la deuxième étape de l’analyse relative à l’admissibilité. Le législateur a fixé l’expertise requise. Il s’ensuit que le témoignage de l’ERD est admissible en l’espèce. Autrement dit, le seul objectif d’un *voir-dire* dans la présente affaire consisterait à déterminer si l’agent Jellinek possède une expertise supérieure à celle d’une personne ordinaire. Normalement, le juge tranche cette question en s’appuyant sur la preuve présentée au *voir-dire*. Toutefois, le par. 254(3.1) et le régime législatif et réglementaire qui l’accompagne satisfont de façon concluante à l’exigence relative à l’expertise. En effet, la fonction d’ERD créée par le législateur requiert du titulaire qu’il possède une expertise particulière dépassant l’expérience et les connaissances du juge des faits.

expertise has been conclusively and irrebuttably established by Parliament.

[28] This compels the following conclusion. In the case at bar all the threshold requirements for admissibility of *Mohan* are established. Where it is clear that all the requirements of a common law rule of admissibility are established (the four *Mohan* threshold requirements for admissibility are met and there is no question that the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect), the trial judge is not obliged to hold a *voir dire* to determine the admissibility of the evidence. To so require would be otiose, if not absurd, not to mention a waste of judicial resources.

[29] It is important to reiterate that a DRE's s. 254(3.1) determination is a result of administering the prescribed evaluation. That is the only expertise conferred on a DRE. The trial judge has an "ongoing duty to ensure that expert evidence remains within its proper scope": *Sekhon*, at para. 46. If opinions beyond the expertise of a DRE are solicited, a *Mohan voir dire* to establish further expertise may be required.

[30] The statutory framework does not undermine a trial judge's important role as gatekeeper to safeguard the trial process and ensure that it is not distorted by improper expert opinion evidence. The trial judge always maintains residual discretion to exclude evidence if its probative value is outweighed by its prejudicial effect. Limitations, such as the absence of a standardized approach to weighing the various tests in reaching a determination, may affect the probative value of a DRE's opinion evidence. A DRE may be unable to explain how he or she made the determination based on the application of the 12-step evaluation. If the probative value of an individual DRE's evidence is so diminished

Cette personne est donc un expert pour ce qui est d'effectuer l'évaluation en 12 étapes et de déterminer si celle-ci indique un affaiblissement des facultés par l'effet d'une drogue pour l'application du par. 254(3.1). Son expertise a été établie de façon concluante et irréfutable par le législateur.

[28] Ce constat oblige à tirer la conclusion suivante. En l'espèce, la présence de tous les critères d'admissibilité énoncés dans l'arrêt *Mohan* est établie. Lorsqu'il est clair que toutes les exigences d'une règle de common law en matière d'admissibilité sont respectées (les quatre critères d'admissibilité de l'arrêt *Mohan* sont respectés et il ne fait aucun doute que la valeur probante du témoignage l'emporte sur son effet préjudiciable), le juge du procès n'est pas obligé de tenir un voir-dire pour statuer sur l'admissibilité de la preuve. Exiger la tenue d'un voir-dire serait inutile, voire absurde, sans compter qu'une telle exigence constituerait également un gaspillage de ressources judiciaires.

[29] Il est important de rappeler que la conclusion formulée par l'ERD en vertu du par. 254(3.1) résulte de l'évaluation prescrite que celui-ci a effectuée. Il s'agit là de la seule expertise reconnue à l'ERD. Le juge du procès a « l'obligation de toujours faire en sorte que le témoignage de l'expert respecte les limites établies » (*Sekhon*, par. 46). Si on sollicite d'un ERD des opinions qui débordent son champ d'expertise, il pourrait alors être nécessaire de tenir à cet égard un voir-dire conformément à l'arrêt *Mohan*.

[30] Le cadre législatif ne compromet pas le rôle important que joue le juge du procès en tant que gardien du processus judiciaire, chargé de veiller à ce que celui-ci ne soit pas faussé par un témoignage d'opinion irrégulier donné par un expert. Le juge du procès conserve en tout temps le pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure une preuve si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Les limites du témoignage d'opinion de l'ERD, par exemple l'absence d'une approche uniforme en matière de pondération des différents éléments du test administré afin d'arriver à une conclusion, peuvent avoir une incidence sur la valeur probante d'un tel témoignage. Il peut arriver que l'ERD soit incapable

that the benefits in admitting the evidence are outweighed by the potential harm to the trial process, a trial judge retains the discretion to exclude that evidence. I reiterate here that the focus of the analysis must be on the DRE's administration of the evaluation, not on the reliability of the steps underlying the evaluation, which have been prescribed by Parliament.

[31] It is also important to note that the determination of the DRE is not conclusive of the ultimate question of whether the accused was driving while impaired by a drug. The DRE's task is to determine whether the evaluation indicates drug impairment. The DRE's evidence does not presume the ultimate issue of guilt; it is merely one piece of the picture for the judge or jury to consider.

[32] That Parliament has established the reliability of the 12-step drug evaluation by statute does not hinder the trier of fact's ability to critically assess a DRE's conclusion of impairment or an accused person's right to test that evidence. Cross-examination of the DRE may undermine his or her conclusion. Evidence of bias may raise doubt about the officer's conclusion. The officer may fail to conduct the drug recognition evaluation in accordance with his or her training. A DRE may draw questionable inferences from his or her observations. Bodily sample evidence obtained under s. 254(3.4) may refute the DRE's assessment, as may evidence of bystanders or other experts. It will always be for the trier of fact to determine what weight to give a DRE's opinion. Any weight given to a DRE's evidence will necessarily respect the scope of the DRE's expertise and the fact that it is not conclusive of impairment.

d'expliquer comment il a tiré sa conclusion sur le fondement de l'évaluation en 12 étapes. Si la valeur probante du témoignage d'un ERD donné est réduite à un point tel que le préjudice potentiel pour le procès de l'admission de ce témoignage l'emporte sur ses avantages, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d'exclure cette preuve. Je rappelle ici que l'analyse doit être centrée sur la réalisation de l'évaluation par l'ERD, et non sur la fiabilité des étapes qui la composent, étapes qui sont prescrites par le législateur.

[31] Il est également important de souligner que la conclusion de l'ERD n'est pas décisive quant à la question fondamentale de savoir si l'accusé conduisait avec les facultés affaiblies par une drogue. La tâche de l'ERD consiste à déterminer si l'évaluation indique un affaiblissement des facultés par l'effet d'une drogue. Son témoignage ne permet pas de préjuger de la réponse à la question ultime, à savoir la culpabilité ou l'innocence; il constitue simplement un des éléments que doit prendre en considération le juge ou le jury.

[32] Le fait que la fiabilité de l'évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues ait été établie par voie législative ne nuit pas à la capacité du juge des faits de faire un examen critique de la conclusion d'affaiblissement des facultés tirée par un ERD ou au droit de l'accusé de contester cette preuve. Il est possible que le contre-interrogatoire de l'ERD ébranle sa conclusion. L'existence d'une preuve de partialité pourrait soulever des doutes quant à la conclusion de l'agent. Il se peut que celui-ci n'ait pas effectué l'évaluation en reconnaissance de drogues en conformité avec la formation qu'il a reçue. Un ERD peut tirer des inférences douteuses à partir de ses observations. La preuve obtenue au moyen des échantillons de substances corporelles recueillis en vertu du par. 254(3.4) peut réfuter l'évaluation de l'ERD, tout comme la preuve d'autres experts ou témoins visuels. Il appartiendra toujours au juge des faits de déterminer le poids qu'il convient d'accorder au témoignage d'opinion d'un ERD. Le poids accordé à ce témoignage devra nécessairement respecter l'étendue de l'expertise de l'ERD et le fait qu'il n'établit pas de façon concluante l'affaiblissement des facultés.

[33] The trial judge correctly found that the DRE in this case was an expert for purposes of administering the 12-step evaluation and determining whether Mr. Bingley was driving while impaired for the purpose of requiring further testing. He erred, however, in concluding that because the officer was not an expert in the scientific foundation of the various elements of the test, none of his opinion evidence was admissible. The DRE's expertise is not in the scientific foundation of the test but in the administration of the test itself. As the other criteria for admissibility are not in issue, Constable Jellinek's opinion evidence should have been admitted.

### C. *Lay Opinion Evidence*

[34] Given my conclusion that Constable Jellinek's opinion evidence is admissible in this case, it is unnecessary to consider whether it could also be admissible as lay opinion. I say only this: Constable Jellinek formed his opinion through the application of specialized training and experience in performing a prescribed drug recognition evaluation. In those circumstances, his evidence cannot be characterized as lay opinion.

## VI. Conclusion

[35] I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

The reasons of Karakatsanis and Gascon JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting) —

### I. Overview

[36] Expert opinion evidence can provide judges and juries with important, sometimes vital knowledge. But it can also risk complicating the trial process and potentially distort the truth-seeking function of the court. At its worst, dubious expert evidence has contributed to wrongful convictions.

[33] Le juge du procès a conclu à juste titre que l'ERD concerné en l'espèce était un expert apte à procéder à l'évaluation en 12 étapes et à vérifier si M. Bingley conduisait avec les facultés affaiblies, en vue de lui ordonner de se soumettre à des analyses plus poussées. Il a toutefois eu tort de conclure que, parce que l'agent n'était pas un expert à l'égard des assises scientifiques des divers éléments de l'évaluation en question, aucune partie de son témoignage d'opinion n'était admissible. L'ERD n'est pas un expert des assises scientifiques de l'évaluation, mais plutôt dans l'accomplissement de l'évaluation elle-même. Comme les autres critères d'admissibilité ne sont pas en cause, le témoignage d'opinion de l'agent Jellinek aurait dû être admis.

### C. *Témoignage d'opinion d'un profane*

[34] Vu ma conclusion selon laquelle le témoignage d'opinion de l'agent Jellinek est admissible en l'espèce, il n'est pas nécessaire de se demander si cette preuve pourrait également être admissible à titre d'opinion de profane. Je dirai uniquement ceci : l'agent Jellinek a formé son opinion en mettant à profit sa formation spécialisée et son expérience dans l'exécution d'une évaluation en reconnaissance de drogues prescrite. Dans ces circonstances, son témoignage ne saurait être qualifié d'opinion de profane.

## VI. Conclusion

[35] Je rejetterais le pourvoi et je confirmerais l'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Karakatsanis et Gascon rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) —

### I. Aperçu

[36] Le témoignage d'opinion d'un expert peut fournir aux juges et aux jurys des connaissances importantes, et parfois essentielles. Il est toutefois aussi susceptible de compliquer le processus judiciaire et de fausser la fonction de recherche de la vérité du tribunal. Dans les pires situations, des témoignages

To guard against these dangers, the common law has developed the analytical framework first set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, to ensure that the risks of admitting expert testimony do not outweigh its benefits.

[37] I agree with the Chief Justice on a number of fronts. Like the Chief Justice, I do not believe that s. 254(3.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, has displaced the ordinary common law requirement for a *voir dire* on admissibility of expert opinions. I also agree with her that as a gatekeeper, the trial judge must evaluate whether the opinion should be admitted according to the *Mohan* criteria. Finally, I agree with the Chief Justice that the Drug Recognition Expert (DRE) is an expert only for the limited purpose of administering the 12-step evaluation. In this limited sense, the DRE possesses expertise beyond the ordinary knowledge of the trier of fact.

[38] I cannot agree, however, that Parliament has determined that the 12-step evaluation, when properly administered, is sufficiently reliable to be admitted as evidence of drug impairment at trial. In my view, it was open to the trial judge to refuse to admit the proposed opinion in the absence of evidence on the reliability and validity of the science underlying the 12-step evaluation.

[39] As the Crown submits, evaluations performed by DREs pursuant to s. 254(3.1) of the *Criminal Code* rely on a science-based regime. As the DRE in this case acknowledged in cross-examination, the reliability of his opinion depends on the validity of the various tests and the reliability of the inferences he has been taught to draw from the results. Many of the “clues” and “cues” DREs rely on when making their overall determination would not obviously indicate impairment to a lay person. Tests such as the horizontal gaze nystagmus test or the lack-of-convergence test, which involve looking for

d’expert douteux ont contribué au prononcé de déclarations de culpabilité injustifiées. Pour parer à ces dangers, la common law a élaboré, à partir de celui énoncé à l’origine dans l’arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, un cadre d’analyse visant à faire en sorte que les risques de l’admission d’un témoignage d’expert ne l’emportent pas sur ses avantages.

[37] Je souscris à l’opinion de la Juge en chef à plusieurs égards. Tout comme elle, je ne crois pas que le par. 254(3.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ait écarté l’exigence ordinaire de la common law selon laquelle il faut tenir un voir-dire pour statuer sur l’admissibilité de l’opinion d’un expert. Je suis également d’accord avec elle pour dire qu’en tant que gardien du processus judiciaire, le juge du procès doit déterminer si l’opinion devrait être admise suivant les critères de l’arrêt *Mohan*. Enfin, je conviens avec la Juge en chef que l’expert en reconnaissance de drogues (ERD) est un expert uniquement pour ce qui est d’effectuer l’évaluation en 12 étapes prescrite. Dans ce sens limité, celui-ci possède une expertise qui dépasse les connaissances ordinaires du juge des faits.

[38] Je ne peux toutefois accepter que le législateur fédéral ait prévu que, dans les cas où elle est bien effectuée, l’évaluation en 12 étapes est suffisamment fiable pour être admise au procès comme preuve de l’affaiblissement des facultés par l’effet d’une drogue. À mon avis, il était loisible au juge du procès de refuser d’admettre l’opinion proposée en l’absence d’une preuve de la fiabilité et de la validité des assises scientifiques de l’évaluation en 12 étapes.

[39] Comme le soutient le ministère public, les évaluations réalisées par des ERD conformément au par. 254(3.1) du *Code criminel* reposent sur des bases scientifiques. Comme l’a reconnu l’ERD en l’espèce en contre-interrogatoire, la fiabilité de son opinion dépend de la validité des divers tests applicables et de la fiabilité des inférences qu’on lui a enseigné à tirer à partir des résultats obtenus. De nombreux [TRADUCTION] « indices » et « signes » sur lesquels se fonde l’ERD pour tirer sa conclusion globale n’indiqueraient pas manifestement un affaiblissement des facultés aux yeux du profane. Des

irregularities in eye movements, are only reliable indicators of drug impairment if the science on which they are based is valid.

[40] Parliament has endorsed the reliability of the 12-step evaluation as an investigative tool, not for the purpose of an evidentiary shortcut at trial. Without the ability to test the reliability of the scientific foundation of the evaluation, the trial judge — acting as gatekeeper — will be unable to assess the probative value of such evidence, and the trier of fact will be unable to assess the weight of such evidence. In my view, courts retain discretion to require — through evidence or precedent — confirmation that the science behind DRE evaluations meets the necessary level of reliability before admitting the evidence at trial. I would allow the appeal and reinstate the acquittal.

## II. Analysis

### A. *The Mohan Criteria*

[41] Expert evidence based on novel science or on science used for a novel purpose is subject to special scrutiny: *Mohan*, at p. 25; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at paras. 33 and 35-36. Such evidence must meet a basic threshold of reliability before it can be admitted: *Mohan*, at p. 25. Caution is warranted because it can be difficult for triers of fact to effectively assess the frailties of specialized expert evidence. As Sopinka J. warned in *Mohan*, at p. 21:

Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves.

tests comme celui du nystagmus du regard horizontal ou l'examen de la capacité des yeux à converger, qui consistent à chercher des irrégularités dans le mouvement des yeux, ne constituent des indicateurs fiables d'un affaiblissement des facultés par l'effet d'une drogue que si les principes scientifiques sur lesquels ils reposent sont valides.

[40] Le législateur a reconnu la fiabilité de l'évaluation en 12 étapes en vue de fournir un outil d'enquête, et non un raccourci en matière de preuve au procès. S'il est incapable de vérifier la fiabilité du fondement scientifique de l'évaluation, le juge du procès — dans son rôle de gardien du processus judiciaire — ne sera pas en mesure d'apprécier la valeur probante d'une telle preuve, et le juge des faits sera incapable de déterminer le poids à y accorder. À mon avis, les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire d'exiger une confirmation — par la preuve ou la jurisprudence — que les assises scientifiques des évaluations des ERD présentent le niveau de fiabilité nécessaire avant de pouvoir admettre une telle évaluation en preuve au procès. J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais l'acquittement.

## II. Analyse

### A. *Les critères de l'arrêt Mohan*

[41] Un témoignage d'expert fondé sur des principes scientifiques nouveaux ou sur des principes scientifiques utilisés à des fins nouvelles doit être soigneusement examiné (*Mohan*, p. 25; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 33 et 35-36). Une telle preuve doit satisfaire à un degré minimal de fiabilité avant de pouvoir être admise (*Mohan*, p. 25). La prudence est de mise, car il peut être difficile pour le juge des faits d'évaluer d'une manière efficace les faiblesses d'un témoignage d'expert. Le juge Sopinka a fait la mise en garde suivante dans l'arrêt *Mohan*, p. 21 :

Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infallible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite.

[42] Scientific techniques may still be considered novel even where their use is well established outside of the courtroom: *J.-L.J.*, at para. 35. Techniques that are reliable enough for one purpose, such as measuring improvements in a therapeutic setting, may still not be reliable enough to be used as a diagnostic tool in court proceedings: *ibid.*; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 37.

[43] In order to admit expert opinions based on scientific techniques or knowledge into evidence, trial judges must have assurance that the underlying science is sufficiently reliable. Where its use in court proceedings is well established, judges will often be able to rely on a history of prior admissibility: *Trochym*, at para. 31. In contrast, a basic threshold of reliability of evidence based on novel science must be established on a *voir dire* because the reliability and validity of its underlying premises cannot be assumed.

#### B. *The DRE Statutory Scheme*

[44] I agree with the Chief Justice that opinions based on novel science are subjected to special scrutiny to ensure that reliability has been established by precedent, evidence, or statute. I cannot conclude, however, that the statutory scheme contains such an endorsement of the 12-step evaluation.

[45] Like the Chief Justice, I see the purpose of s. 254(3.1) as being to provide police with further investigative tools to enforce laws against drug-impaired driving. When read together with s. 254(3.4), the subsection permits an evaluation that can provide the DRE with reasonable grounds, and the authority, to request a sample of bodily fluid to “enable a proper analysis to be made”.

[42] Des techniques scientifiques peuvent être considérées nouvelles même lorsque leur utilisation est bien établie en dehors de la salle d’audience (*J.-L.J.*, par. 35). Des techniques qui sont suffisamment fiables pour une fin donnée — par exemple mesurer des améliorations en contexte thérapeutique — peuvent néanmoins ne pas l’être suffisamment pour servir d’outil diagnostique dans une procédure judiciaire (*ibid.*; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 37).

[43] Pour pouvoir admettre en preuve une opinion d’expert fondée sur des techniques ou des connaissances scientifiques, le juge de première instance doit avoir l’assurance que les principes scientifiques sous-jacents sont suffisamment fiables. Lorsque le recours à ces principes dans des procédures judiciaires est bien établi, le juge disposera souvent de précédents où des éléments de preuve fondés sur ces principes ont déjà été déclarés admissibles (*Trochym*, par. 31). En revanche, le degré minimal de fiabilité requis d’un témoignage fondé sur des principes scientifiques nouveaux doit être établi dans le cadre d’un voir-dire, parce que la fiabilité et la validité des prémisses sur lesquels ceux-ci reposent ne sauraient être présumées.

#### B. *Le régime législatif dans lequel s’inscrit l’ERD*

[44] Tout comme la Juge en chef, j’estime que les tribunaux doivent examiner soigneusement les opinions fondées sur des principes scientifiques nouveaux afin de s’assurer que la fiabilité de ces principes est reconnue par la jurisprudence, la preuve ou la loi. Je ne peux cependant pas conclure que le régime législatif comporte une telle reconnaissance en ce qui concerne l’évaluation en 12 étapes.

[45] À l’instar de la Juge en chef, je suis d’avis que le par. 254(3.1) a pour objet de fournir aux policiers d’autres outils d’enquête visant à faire respecter les dispositions interdisant la conduite avec les facultés affaiblies par la drogue. Interprétée en corrélation avec le par. 254(3.4), cette disposition autorise une évaluation susceptible de fournir à l’ERD des motifs raisonnables, et le pouvoir, de demander un échantillon de liquide organique pour permettre de réaliser « une analyse convenable ».

[46] Clearly, Parliament views DRE evaluations as reliable enough for this investigative purpose. However, I remain deeply uncomfortable with the notion of extending this purpose, grounded in enhancing police *investigative* tools, to include an unqualified endorsement of the underlying science when the Crown seeks to enter DRE evaluations as *evidence* in court.

[47] Not all expert opinions formed on the basis of valid police investigative tools are admissible into evidence. Polygraph evidence, for example, is not admissible: *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at pp. 416-19. Despite recognition that polygraph examinations are far from infallible, polygraphs remain valid police investigative tools: *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at paras. 95 and 100.

[48] Concerns about the reliability of the underlying science are particularly heightened when, as here, the scientific foundation is not self-evident and the proposed expert evidence goes to key elements of the crime before the court. Although there is no longer an absolute bar on opinions on the ultimate issue before the trier of fact, the closer the expert evidence approaches the ultimate issue, the greater the need for special scrutiny: *Mohan*, at p. 25; *J.-L.J.*, at para. 37.

[49] Thus, absent statutory language that clearly designates DRE evaluations as admissible evidence, a basic threshold of reliability of the tests must be established through precedent or evidence on a *voir dire*.

[50] Even otherwise admissible evidence may be excluded at a second discretionary gatekeeping step, where a trial judge evaluates the potential benefits and risks of the proposed expert evidence

[46] De toute évidence, le législateur considère que les évaluations des ERD sont suffisamment fiables pour les besoins de ce genre d'enquête. Cependant, je demeure profondément mal à l'aise avec l'idée de reconnaître une portée plus grande à ce régime — qui vise à la base à accroître les outils d'enquête à la disposition des policiers — en considérant qu'il comporte une reconnaissance sans réserve des principes scientifiques sous-jacents lorsque le ministère public cherche à introduire l'évaluation d'un ERD *en preuve* devant un tribunal.

[47] Ce ne sont pas toutes les opinions formées par des experts sur le fondement d'outils d'enquête policière valables qui sont admissibles en preuve. Les éléments de preuve obtenus par polygraphe, par exemple, ne sont pas admissibles (*R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, p. 416-419). Même s'il est reconnu qu'ils sont loin d'être infallibles, les tests polygraphiques demeurent des outils d'enquête policière valables (*R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 95 et 100).

[48] Les préoccupations quant à la fiabilité des principes scientifiques sous-jacents s'accroissent particulièrement lorsque, comme en l'espèce, le fondement scientifique n'est pas évident et que le témoignage d'expert proposé porte sur des éléments-clés du crime reproché à l'accusé devant le tribunal. Bien que l'admission en preuve d'opinions portant sur la question fondamentale que doit trancher le juge des faits ne fasse plus l'objet d'une interdiction absolue, plus le témoignage d'expert tend à répondre à cette question fondamentale, plus il est important de l'examiner soigneusement (*Mohan*, p. 25; *J.-L.J.*, par. 37).

[49] En conséquence, en l'absence d'un texte législatif indiquant clairement que les évaluations des ERD sont admissibles en preuve, le degré minimal de fiabilité des tests effectués doit être établi soit par voie jurisprudentielle, soit au moyen d'éléments de preuve dans le cadre d'un *voir-dire*.

[50] Même des éléments de preuve par ailleurs admissibles peuvent être exclus à la deuxième étape de l'analyse, étape où le juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire en tant que gardien du processus



before admitting it at trial: *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182, at para. 24. “[R]elevance, reliability and necessity” must be weighed against the dangers of “consumption of time, prejudice and confusion”: *J.-L.J.*, at para. 47.

[51] The probative value of the evidence necessarily involves an assessment of the reliability of the underlying science: *Trochym*, at para. 28. Without evidence relating to the science, or the ability to cross-examine the expert about the science, how does the gatekeeper critically assess the probative value against the potential prejudice of the evidence, to ensure that it enhances, rather than distorts, the fact-finding process? (See *White Burgess*, at paras. 17-18.)

[52] And without the ability to test its scientific foundation, how will the trier of fact ultimately assess the weight of the evaluation? The evidence has the potential to be highly prejudicial. In the context of a jury trial for impaired driving causing death, for example, there is a real danger that an opinion, coming from a police officer certified as a “Drug Recognition Expert”, about whether the accused was impaired by a drug, would be given undue weight.

[53] Nor can cross-examination of DREs effectively assist in understanding the probative value of the evidence and the strength of the inference that should be drawn from the opinion. Because a DRE’s area of expertise is limited to administration of the prescribed evaluation rather than the scientific knowledge necessary to explain its effectiveness, cross-examination is unlikely to leave triers of fact with a real understanding of the weight that should be attached to the evidence.

judiciaire, et évalue les avantages et les risques éventuels que présente l’admission au procès du témoignage d’expert proposé avant d’admettre ce témoignage (*White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182, par. 24). « [L]a pertinence, la fiabilité et la nécessité » du témoignage doivent être évaluées par rapport « au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent [en] résulter » (*J.-L.J.*, par. 47).

[51] Pour apprécier la valeur probante du témoignage, il faut nécessairement évaluer la fiabilité des principes scientifiques sur lesquels il repose (*Trochym*, par. 28). En l’absence d’éléments de preuve relatifs aux principes scientifiques concernés, ou de possibilité de contre-interroger l’expert sur ceux-ci, comment le juge — dans son rôle de gardien du processus judiciaire — peut-il effectuer un examen critique de la valeur probante de cette preuve au regard du préjudice qui pourrait éventuellement en découler, afin de s’assurer que celle-ci vienne renforcer, plutôt que fausser, le processus de recherche des faits? (Voir *White Burgess*, par. 17-18.)

[52] De plus, s’il est impossible de vérifier le fondement scientifique de l’évaluation, comment le juge des faits déterminera-t-il ultimement le poids à lui accorder? Cette preuve peut être hautement préjudiciable. À titre d’exemple, dans le contexte d’un procès pour conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort tenu devant jury, il existe un véritable danger que l’opinion exprimée par un policier certifié comme « expert en reconnaissance de drogues » sur la question de savoir si l’accusé avait les facultés affaiblies par une drogue se voie accorder un poids démesuré.

[53] Le contre-interrogatoire de l’ERD n’aide pas non plus concrètement à comprendre la valeur probante d’une telle preuve et le poids de l’inférence qui devrait être tirée de l’opinion de l’ERD. En effet, comme le domaine d’expertise de cet expert se limite à la réalisation de l’évaluation prescrite et ne s’étend pas aux connaissances scientifiques nécessaires pour expliquer l’efficacité de celle-ci, il est peu probable que le contre-interrogatoire de cette personne permette au juge des faits de comprendre véritablement le poids qui devrait être accordé à cette preuve.

[54] Accused persons have a right to test the strength of the evidence against them. For those charged with alcohol-impaired driving, s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* clearly designates breath sample results as “conclusive proof” of an accused’s blood alcohol level (provided certain preconditions are met). Since there is no equivalent provision for DRE determinations, accused persons should not have to bring a constitutional challenge in order to question the strength of the 12-step evaluation.

[55] The Chief Justice recognizes that Parliament has not displaced the common law rule requiring a *voir dire* on the admissibility of expert evidence. One important reason for this rule is to ensure that any novel science underpinning the expert’s opinion is reliable. And yet, my colleague’s reasons dispense with any inquiry into the reliability and validity of the 12-step evaluation. This displaces an important safeguard in our common law rule, without clear language to this effect. It effectively leads to the automatic admissibility of the evaluation upon proof it was properly administered. In my view, there is no clear indication that this was Parliament’s intent.

C. *The Insufficient Evidence of Reliability Before the Trial Judge*

[56] The Crown relies on a reference by a witness at a parliamentary committee hearing to a study finding that DRE evaluations are 98.6 percent reliable. But proposed expert testimony based on novel science is subject to a more searching assessment of reliability: see *J.-L.J.*, at para. 33. If the evaluation techniques are in fact highly reliable, then I expect that it would not be long before the reliability of the underlying scientific regime would be well established through precedent and a *voir dire*

[54] L’accusé a le droit de contester la solidité de la preuve présentée contre lui. Dans le cas d’une accusation de conduite avec les facultés affaiblies par l’alcool, l’al. 258(1)c) du *Code criminel* énonce clairement que les résultats des analyses des échantillons d’haleine font « foi de façon concluante » de l’alcoolémie de l’accusé (pourvu que certaines conditions préalables soient respectées). Comme il n’existe pas de disposition équivalente pour les conclusions tirées par un ERD, l’accusé ne devrait pas avoir à soulever une contestation constitutionnelle pour remettre en cause la force probante de l’évaluation en 12 étapes.

[55] La Juge en chef reconnaît que le législateur n’a pas écarté la règle de common law exigeant la tenue d’un voir-dire sur l’admissibilité d’un témoignage d’expert. L’une des raisons importantes justifiant l’existence de cette règle est la suivante : faire en sorte que toute preuve scientifique nouvelle sur laquelle se fonde l’opinion de l’expert soit fiable. Or, dans ses motifs, ma collègue écarte tout examen de la fiabilité et de la validité de l’évaluation en 12 étapes, mettant à l’écart par le fait même une garantie importante de notre règle de common law, et ce, en l’absence d’un texte clair en ce sens. Cela se traduit dans les faits par l’admissibilité automatique de l’évaluation dès qu’il a été prouvé qu’elle a été effectuée adéquatement. À mon avis, il n’y a aucune indication claire qu’il s’agissait là de l’intention du législateur.

C. *L’insuffisance de la preuve relative à la fiabilité soumise au juge du procès*

[56] Le ministère public invoque la mention par un témoin, lors d’une audience en comité parlementaire, d’une étude dans laquelle on a conclu que les évaluations menées par les ERD présentent un taux de fiabilité de 98,6 p. 100. Toutefois, lorsqu’un témoignage d’expert reposant sur des principes scientifiques nouveaux est proposé, la fiabilité de ce témoignage est assujettie à une évaluation plus approfondie (voir *J.-L.J.*, par. 33). Si les techniques d’évaluation sont effectivement très fiables, on peut

on this issue would rarely be required. However, we are not there yet.

[57] Given the unsettled nature of the case law and the relatively recent reception of DRE evidence into Canadian courts, it was open to the trial judge to treat the proposed testimony as an opinion based on novel science. Although he recognized the DRE's special expertise in administering the 12-step evaluation for the purpose of requesting a bodily sample (i.e., advancing the police investigation), the trial judge found the DRE lacked the necessary qualifications to offer an opinion on impairment in court. The trial judge's reasons indicate that neither threshold reliability nor the adequacy of the officer's qualifications were conceded.

[58] As the DRE was not himself trained on the reliability of the 12-step evaluation, the Crown could have called a different expert for this purpose. As it did not, there was a lack of evidence about the reliability of the regime. The trial judge was therefore entitled to exclude the DRE's opinion on the results of his evaluation.

[59] In my view, the reliability of the tests, and the trial judge's discretion to exclude the evidence, were key issues before the trial judge and live issues before this Court. The trial judge had the discretion to require — through evidence or precedent — confirmation that the science behind DRE evaluations met the basic threshold of reliability before admitting the evidence at trial.

alors penser, selon moi, que la fiabilité du régime scientifique à la base de ces techniques sera sous peu bien établie dans la jurisprudence et qu'il sera donc rarement nécessaire de tenir un voir-dire sur ce point. Cependant, nous ne sommes pas encore rendus là.

[57] Comme la jurisprudence n'est pas encore bien établie et vu le caractère relativement récent de l'admission de témoignages d'ERD devant les tribunaux canadiens, il était loisible au juge de première instance de considérer le témoignage proposé comme une opinion fondée sur des principes scientifiques nouveaux. Bien que le juge ait reconnu l'expertise spéciale de l'ERD lorsqu'il s'agit d'effectuer l'évaluation en 12 étapes en vue de demander des échantillons de substances corporelles (c.-à-d. pour les besoins de l'enquête policière), il a conclu que celui-ci n'avait pas les compétences nécessaires pour donner son opinion devant le tribunal sur l'affaiblissement des facultés de l'accusé. Il ressort des motifs du juge du procès que ni le degré minimal de fiabilité requis ni le caractère adéquat des compétences de l'agent n'ont fait l'objet de concessions.

[58] Étant donné que l'ERD n'avait pas lui-même reçu de formation sur la fiabilité de l'évaluation en 12 étapes, le ministère public aurait pu faire entendre un expert différent sur cette question. Comme il ne l'a pas fait, la preuve relative à la fiabilité du régime était insuffisante. Le juge du procès pouvait donc exclure l'opinion de l'ERD en ce qui concerne les résultats de son évaluation.

[59] À mon avis, la fiabilité des tests ainsi que le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'exclure la preuve en découlant constituaient des questions fondamentales devant celui-ci et des questions sur lesquelles notre Cour devait se prononcer. Le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire d'exiger la confirmation — au moyen d'éléments de preuve ou de précédents jurisprudentiels — que les assises scientifiques des évaluations des ERD présentaient le degré minimal de fiabilité nécessaire avant de pouvoir admettre une telle évaluation en preuve au procès.

### III. Conclusion

[60] Accordingly, I would allow the appeal and reinstate the acquittal.

*Appeal dismissed, KARAKATSANIS and GASCON JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Greenspon, Brown & Associates, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lerner, Toronto.*

### III. Conclusion

[60] En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et je rétablirais l'acquittement.

*Pourvoi rejeté, les juges KARAKATSANIS et GASCON sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Greenspon, Brown & Associates, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lerner, Toronto.*

**Jeremy James Peers** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen (Alberta Securities Commission)** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of Alberta,  
Canadian Constitution Foundation,  
Ontario Securities Commission,  
British Columbia Civil Liberties  
Association and Canadian Civil  
Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. PEERS**

**2017 SCC 13**

File No.: 36865.

2017: February 14; 2017: February 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Securities — Offences — Right to trial by jury — Accused charged with offences under Alberta Securities Act, which provides for maximum penalty of imprisonment of five years less a day or fine up to five million dollars or both — Accused seeking determination that maximum penalty engages his constitutional right to trial by jury under s. 11(f) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Provincial Court judge finding that accused has right to jury trial and transferring matter to Court of Queen’s Bench for trial — Reviewing judge disagreeing and returning matter to Provincial Court — Court of Appeal holding that s. 11(f) should be interpreted as primarily engaging deprivation of liberty inherent in maximum sentence of imprisonment imposed by statute and that imprisonment of five years less a day does not become*

**Jeremy James Peers** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine (Alberta Securities Commission)** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l’Ontario,  
procureure générale du Québec,  
procureur général de l’Alberta,  
Canadian Constitution Foundation,  
Commission des valeurs mobilières de  
l’Ontario, British Columbia Civil Liberties  
Association et Association canadienne des  
libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. PEERS**

**2017 CSC 13**

N° du greffe : 36865.

2017 : 14 février; 2017 : 24 février.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Valeurs mobilières — Infractions — Droit à un procès avec jury — Accusé inculpé d’infractions à la loi sur les valeurs mobilières de l’Alberta, qui prévoit une peine d’emprisonnement maximale de cinq ans moins un jour ou une amende d’au plus cinq millions de dollars, ou les deux — Demande de l’accusé en vue d’obtenir une décision statuant que la peine maximale met en jeu son droit constitutionnel à un procès avec jury prévu par l’art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés — Décision du juge de la Cour provinciale concluant que l’accusé a droit à un procès avec jury et transférant l’affaire pour instruction devant la Cour du Banc de la Reine — Décision à l’effet contraire de la juge chargée du contrôle et renvoi par celle-ci de l’affaire à la Cour provinciale — Conclusion de la Cour d’appel portant*

*“more severe punishment” when mere prospect of fine or financial penalty is added — Accused not entitled to trial by jury — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 194.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Slatter and O’Ferrall JJ.A.), 2015 ABCA 407, 609 A.R. 352, 656 W.A.C. 352, 32 Alta. L.R. (6th) 304, 330 C.C.C. (3d) 175, [2016] 3 W.W.R. 464, [2015] A.J. No. 1413 (QL), 2015 CarswellAlta 2332 (WL Can.), affirming a decision of Topolniski J., 2015 ABQB 129, 605 A.R. 283, 18 Alta. L.R. (6th) 396, 329 C.R.R. (2d) 299, [2015] 9 W.W.R. 514, [2015] A.J. No. 207 (QL), 2015 CarswellAlta 296 (WL Can.), allowing an application for judicial review of decisions of the Provincial Court (Day Prov. Ct. J.) and returning the matter to that court for trial. Appeal dismissed.

*Nathan J. Whitling, Alexander Millman and Steven J. Fix, for the appellant.*

*Don Young and Robert Stack, for the respondent.*

*Marianne Zoric and Jeanette Gevikoglu, for the intervener the Attorney General of Canada.*

*Matthew Horner and Jennifer Luong, for the intervener the Attorney General of Ontario.*

Written submissions only by *Sylvain Leboeuf*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General of Alberta.*

*Byron Shaw and Brandon Kain, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.*

*Hugh Craig and Carlo Rossi, for the intervener the Ontario Securities Commission.*

*Gerald Chan, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.*

*que l’art. 11f) de la Charte doit être considéré comme visant principalement la privation de liberté découlant de la peine d’emprisonnement maximale prévue par un texte de loi et qu’un emprisonnement de cinq ans moins un jour ne devient pas une « peine plus grave » du seul fait que s’y ajoute le risque d’une amende ou autre sanction pécuniaire — Droit à un procès avec jury refusé à l’accusé — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 194.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Berger, Slatter et O’Ferrall), 2015 ABCA 407, 609 A.R. 352, 656 W.A.C. 352, 32 Alta. L.R. (6th) 304, 330 C.C.C. (3d) 175, [2016] 3 W.W.R. 464, [2015] A.J. No. 1413 (QL), 2015 CarswellAlta 2332 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Topolniski, 2015 ABQB 129, 605 A.R. 283, 18 Alta. L.R. (6th) 396, 329 C.R.R. (2d) 299, [2015] 9 W.W.R. 514, [2015] A.J. No. 207 (QL), 2015 CarswellAlta 296 (WL Can.), laquelle avait accueilli une requête en révision judiciaire de décisions de la Cour provinciale (juge Day) et renvoyé l’affaire devant cette cour pour procès. Pourvoi rejeté.

*Nathan J. Whitling, Alexander Millman et Steven J. Fix, pour l’appelant.*

*Don Young et Robert Stack, pour l’intimée.*

*Marianne Zoric et Jeanette Gevikoglu, pour l’intervenant le procureur général du Canada.*

*Matthew Horner et Jennifer Luong, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.*

Argumentation écrite seulement par *Sylvain Leboeuf*, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

*Robert J. Normey, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.*

*Byron Shaw et Brandon Kain, pour l’intervenante Canadian Constitution Foundation.*

*Hugh Craig et Carlo Rossi, pour l’intervenante la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario.*

*Gerald Chan, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.*

*Adriel Weaver*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — The appeal is dismissed. We conclude that the appellant was not entitled to a trial by jury, substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal, 2015 ABCA 407, 609 A.R. 352.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Beresh Aloneissi O’Neill Hurley O’Keefe Millsap, Edmonton; Alexander Millman Law Office, Edmonton; Fix & Smith, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Alberta Securities Commission, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto; Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Constitutional Law Branch, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Ontario Securities Commission: Ontario Securities Commission, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Goldblatt Partners, Toronto.*

*Adriel Weaver*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — L’appel est rejeté. Nous concluons que l’appellant n’avait pas droit à un procès devant jury, essentiellement pour les motifs exposés par les juges de la majorité en Cour d’appel, 2015 ABCA 407, 609 A.R. 352.

*Appel rejeté.*

*Procureurs de l’appelant : Beresh Aloneissi O’Neill Hurley O’Keefe Millsap, Edmonton; Alexander Millman Law Office, Edmonton; Fix & Smith, Edmonton.*

*Procureur de l’intimée : Alberta Securities Commission, Calgary.*

*Procureurs de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto; Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

*Procureure de l’intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Alberta : Alberta Justice, Constitutional Law Branch, Edmonton.*

*Procureurs de l’intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureur de l’intervenante la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario : Commission des valeurs mobilières de l’Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles : Goldblatt Partners, Toronto.*

**Ronald James Aitkens** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen (Alberta Securities Commission)** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of Alberta,  
Canadian Constitution Foundation and  
Ontario Securities Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. AITKENS**

**2017 SCC 14**

File No.: 36866.

2017: February 14; 2017: February 24.

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

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Securities — Offences — Right to trial by jury — Accused charged with offences under Alberta Securities Act, which provides for maximum penalty of imprisonment of five years less a day or fine up to five million dollars or both — Accused seeking determination that maximum penalty engages his constitutional right to trial by jury under s. 11(f) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Provincial Court judge finding that accused not entitled to jury trial — Reviewing judge agreeing — Court of Appeal holding that s. 11(f) should be interpreted as primarily engaging deprivation of liberty inherent in maximum sentence of imprisonment imposed by statute and that imprisonment of five years less a day does not become “more severe punishment” when mere prospect of fine or*

**Ronald James Aitkens** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine (Alberta Securities Commission)** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l’Ontario,  
procureure générale du Québec,  
procureur général de l’Alberta,  
Canadian Constitution Foundation et  
Commission des valeurs mobilières de  
l’Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. AITKENS**

**2017 CSC 14**

N° du greffe : 36866.

2017 : 14 février; 2017 : 24 février.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Valeurs mobilières — Infractions — Droit à un procès avec jury — Accusé inculpé d’infractions à la loi sur les valeurs mobilières de l’Alberta, qui prévoit une peine d’emprisonnement maximale de cinq ans moins un jour ou une amende d’au plus cinq millions de dollars, ou les deux — Demande de l’accusé en vue d’obtenir une décision statuant que la peine maximale met en jeu son droit constitutionnel à un procès avec jury prévu par l’art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés — Décision du juge de la Cour provinciale concluant que l’accusé n’a pas droit à un procès avec jury — Conclusion au même effet du juge chargé du contrôle — Conclusion de la Cour d’appel portant que l’art. 11f) doit être considéré comme visant principalement la privation de liberté découlant de*



*financial penalty is added — Accused not entitled to trial by jury — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 194.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Slatter and O’Ferrall JJ.A.), 2015 ABCA 407, 609 A.R. 352, 656 W.A.C. 352, 32 Alta. L.R. (6th) 304, 330 C.C.C. (3d) 175, [2016] 3 W.W.R. 464, [2015] A.J. No. 1413 (QL), 2015 CarswellAlta 2332 (WL Can.), affirming a decision of the Court of Queen’s Bench (Wilson J.), affirming a decision of Judge Camp, 2015 ABPC 21, 605 A.R. 100, [2015] A.J. No. 110 (QL), 2015 CarswellAlta 147 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Brendan Miller and Joshua Sutherland*, for the appellant.

*Don Young and Robert Stack*, for the respondent.

*Marianne Zoric and Jeanette Gevikoglu*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Matthew Horner and Jennifer Luong*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Sylvain Leboeuf*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Robert J. Normey*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Byron Shaw and Brandon Kain*, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

*Hugh Craig and Carlo Rossi*, for the intervener the Ontario Securities Commission.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — The appeal is dismissed. We conclude that the appellant was not entitled to a trial by jury, substantially for the reasons of the majority

*la peine d’emprisonnement maximale prévue par un texte de loi et qu’un emprisonnement de cinq ans moins un jour ne devient pas une « peine plus grave » du seul fait que s’y ajoute le risque d’une amende ou autre sanction pénuniaire — Droit à un procès avec jury refusé à l’accusé — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 194.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Berger, Slatter et O’Ferrall), 2015 ABCA 407, 609 A.R. 352, 656 W.A.C. 352, 32 Alta. L.R. (6th) 304, 330 C.C.C. (3d) 175, [2016] 3 W.W.R. 464, [2015] A.J. No. 1413 (QL), 2015 CarswellAlta 2332 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (juge Wilson), qui avait confirmé une décision du juge Camp, 2015 ABPC 21, 605 A.R. 100, [2015] A.J. No. 110 (QL), 2015 CarswellAlta 147 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Brendan Miller et Joshua Sutherland*, pour l’appelant.

*Don Young et Robert Stack*, pour l’intimée.

*Marianne Zoric et Jeanette Gevikoglu*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Matthew Horner et Jennifer Luong*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Sylvain Leboeuf*, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

*Robert J. Normey*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

*Byron Shaw et Brandon Kain*, pour l’intervenante Canadian Constitution Foundation.

*Hugh Craig et Carlo Rossi*, pour l’intervenante la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — L’appel est rejeté. Nous concluons que l’appelant n’avait pas droit à un procès devant jury, essentiellement pour les motifs exposés par les

of the Court of Appeal, 2015 ABCA 407, 609 A.R. 352.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Walsh, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Alberta Securities Commission, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto; Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Constitutional Law Branch, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Ontario Securities Commission: Ontario Securities Commission, Toronto.*

juges de la majorité en Cour d'appel, 2015 ABCA 407, 609 A.R. 352.

*Appel rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Walsh, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Alberta Securities Commission, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto; Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Constitutional Law Branch, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario : Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.*

**Brendan Paterson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Alberta and  
British Columbia Civil Liberties  
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. PATERSON**

**2017 SCC 15**

File No.: 36472.

2016: November 2; 2017: March 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Exclusion of evidence — Accused admitting to police to having marihuana in his residence — Accused allowing police to seize roaches after being told this would be “no case” seizure — Warrantless entry by police into residence resulting in police seeing other drugs and weapon and arresting accused — Whether “exigent circumstances”, within meaning of s. 11(7) of Controlled Drugs and Substances Act, made it “impracticable” to obtain warrant before entering and searching residence — Whether accused’s Charter right to be secure against unreasonable search or seizure infringed — If so, whether evidence obtained from warrantless entry and search of residence should be excluded — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 11(7) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).*

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Voir dire — Accused admitting to police to having marihuana in his residence — Whether Crown required to prove*

**Brendan Paterson** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario,  
procureur général de l’Alberta et  
British Columbia Civil Liberties  
Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. PATERSON**

**2017 CSC 15**

N° du greffe : 36472.

2016 : 2 novembre; 2017 : 17 mars.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Exclusion de la preuve — Accusé ayant avoué aux policiers avoir de la marihuana chez lui — Accusé ayant autorisé les policiers à saisir des mégots après que ces derniers lui eurent dit qu’ils effectueraient une saisie « sans poursuite » — Entrée sans mandat ayant permis aux policiers de constater la présence d’autres drogues et d’une arme à feu dans la résidence puis ayant entraîné l’arrestation de l’accusé — L’« urgence de la situation », au sens de l’art. 11(7) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, a-t-elle rendu « difficilement réalisable » l’obtention d’un mandat avant l’entrée et la perquisition dans la résidence? — Y a-t-il eu atteinte au droit constitutionnel de l’accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l’affirmative, la preuve recueillie grâce à l’entrée et à la perquisition sans mandat devrait-elle être écartée? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 11(7) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).*

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Voir-dire — Accusé ayant avoué aux policiers avoir de la marihuana chez lui — Le ministère public était-il tenu de*

*voluntariness of accused's statement prior to its admission at voir dire considering lawfulness of entry and search of accused's residence — Whether common law confessions rule should apply to statements tendered in context of voir dire under Charter.*

This case arises from a warrantless entry by police officers into the apartment of the accused, P, which followed his agreement to surrender several marijuana roaches. The police told P they would treat this as a “no case” seizure, meaning that they intended to seize the roaches without charging him. Once inside, the police observed a bulletproof vest, a firearm and drugs. They arrested P and obtained a telewarrant to search his apartment, which led to the discovery of other firearms and drugs and to charges against P. P was convicted at trial and the Court of Appeal of British Columbia upheld the convictions. The Court of Appeal rejected P’s argument that the common law confessions rule should have precluded the admission of his statement about the roaches at the *voir dire*, as the Crown did not prove beyond a reasonable doubt that his statement was voluntarily made.

*Held* (Moldaver and Gascon dissenting): The appeal should be allowed, the convictions set aside and acquittals entered.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner and Brown JJ.: The confessions rule should not be expanded to apply to statements tendered in the context of a *voir dire* under the *Charter*. The Crown must prove the voluntariness of an accused’s statement before it can rely upon that statement at trial as supporting a finding of guilt. The purpose of the judicial inquiry in a *Charter voir dire* is distinct from the purpose of a criminal trial. A criminal trial is concerned with determining whether the accused is guilty of an offence. In a *Charter voir dire*, however, the focus is not on the accused’s guilt, but on whether the accused’s constitutional rights were infringed. A *Charter voir dire* therefore involves a review of the totality of the circumstances known to, and relied upon, by the state actor at the time of the impugned action. Only the state actor’s contemporary state of mind and conduct is at issue, and not the truthfulness of the statement upon which he or she relied. It is for this reason that the truthfulness of a statement has no bearing upon its admissibility; rather, the inquiry is focussed upon whether it was reasonable for the state actor to rely

*prouver le caractère volontaire de la déclaration de l'accusé pour que celle-ci puisse être admise en preuve lors du voir-dire tenu sur la légalité de l'entrée et de la perquisition chez l'accusé? — La règle des confessions de la common law devrait-elle s'appliquer aux déclarations considérées lors d'un voir-dire constitutionnel?*

Le litige fait suite à l’entrée sans mandat des policiers chez l’accusé, P, après que celui-ci eut accepté de leur remettre quelques mégots de marijuana. Les policiers ont dit à P qu’ils allaient effectuer une saisie « sans poursuite », c’est-à-dire qu’ils saisiraient les mégots et qu’aucune accusation ne serait portée contre lui. Une fois à l’intérieur, ils ont constaté la présence d’un gilet pare-balles, d’une arme à feu et de drogues. Ils ont arrêté P puis obtenu un télémandat les autorisant à perquisitionner l’appartement, ce qui a mené à la découverte d’autres armes à feu et d’autres drogues, puis à la formulation d’accusations. À l’issue de son procès, P a été déclaré coupable des infractions reprochées. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a confirmé les déclarations de culpabilité. Elle a rejeté la thèse de P selon laquelle la règle des confessions de la common law aurait dû, lors du voir-dire, faire obstacle à l’admission de sa déclaration relative aux mégots puisque le ministère public n’avait pas prouvé son caractère volontaire hors de tout doute raisonnable.

*Arrêt* (les juges Moldaver et Gascon sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et des acquittements sont inscrits.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner et Brown : La portée de la règle des confessions ne devrait pas être accrue de manière que la règle s’applique aux déclarations considérées lors d’un voir-dire constitutionnel. Le ministère public doit prouver le caractère volontaire de la déclaration d’un accusé avant de l’invoquer au procès pour obtenir une déclaration de culpabilité. L’objet de l’examen auquel se livre le tribunal lors d’un voir-dire constitutionnel se distingue de celui d’un procès criminel, lequel se soucie de la culpabilité ou de la non-culpabilité de la personne accusée d’une infraction, alors que le voir-dire constitutionnel ne s’attache pas à la culpabilité de l’accusé, mais plutôt au respect ou non de ses droits constitutionnels. Le voir-dire constitutionnel suppose donc l’analyse de la totalité des circonstances connues du représentant de l’État et sur lesquelles ce dernier s’est fondé au moment de prendre la mesure en cause. Seuls sont considérés l’état d’esprit et la conduite du représentant de l’État à ce moment précis. La véracité de la déclaration à partir de laquelle il a agi ne l’est pas. C’est pourquoi la véracité d’une déclaration n’a pas d’incidence

upon the statement as forming grounds for the action under scrutiny. Admitting a statement by an accused for the purpose of assessing the constitutionality of state action, as opposed to the purpose of determining the accused's guilt, does not engage the rationale for the confessions rule. To apply the confessions rule to evidence presented at a *Charter voir dire* would distort both the rule and its rationale. It would stifle police investigations, compromise public safety and needlessly lengthen and complicate *voir dire* proceedings.

The warrantless entry by the police into P's residence was not justified by "exigent circumstances" making it "impracticable" to obtain a warrant, within the meaning of s. 11(7) of the *Controlled Drug and Substances Act* ("CDSA"). It therefore infringed P's rights under s. 8 of the *Charter*. "[E]xigent circumstances" denotes not merely convenience, propitiousness or economy, but rather urgency. Even where exigent circumstances are present, however, they are not, on their own, sufficient to justify a warrantless search of a residence under s. 11(7). Those circumstances must render it "impracticable" to obtain a warrant. In order for a warrantless entry to satisfy s. 11(7), the Crown must show that the entry was compelled by urgency, calling for immediate police action to preserve evidence, officer safety or public safety. Further, this urgency must be shown to have been such that taking the time to obtain a warrant would pose serious risk to those imperatives.

In this case, no urgency compelled immediate action in order to preserve evidence. Nor, just as importantly, did the circumstances presented by P's admission to having some partially consumed roaches, coupled with the police officers' wish to seize them on a no case basis, make it impracticable to obtain a warrant. Section 11(7) is not satisfied by mere inconvenience, but impracticability. Here, the police had a practicable option: to arrest P and obtain a warrant to enter the residence and seize the roaches. If the situation was not serious enough to arrest and apply for a warrant, then it cannot have been serious enough to intrude into a private residence without a warrant. Further, concern for officer safety did not drive the decision to proceed with warrantless entry; rather, warrantless entry gave rise to concern for officer safety.

sur son admissibilité; l'examen s'attache plutôt à la question de savoir s'il était raisonnable que le représentant de l'État voie dans la déclaration un motif justifiant la mesure. L'admission en preuve de la déclaration d'un accusé afin de statuer sur la constitutionnalité d'une mesure de l'État, et non sur la culpabilité de l'accusé, ne fait pas entrer en jeu la raison d'être de la règle des confessions. Appliquer cette règle aux éléments de preuve présentés lors d'un voir-dire constitutionnel reviendrait à dénaturer aussi bien la règle que sa raison d'être. Pareille application paralyserait les enquêtes policières et compromettrait la sécurité publique, sans compter que la durée et la complexité des voir-dire s'accroîtraient inutilement.

L'entrée sans mandat des policiers chez P n'était pas justifiée par une « urgence de la situation » qui rendait « difficilement réalisable » l'obtention d'un mandat au sens du par. 11(7) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (« LRCDS »). Elle a donc porté atteinte au droit de P garanti à l'art. 8 de la *Charte*. L'« urgence de la situation » ne renvoie pas seulement à la commodité, à l'opportunité ou à l'économie de temps, mais bien à l'existence de circonstances pressantes. L'urgence de la situation ne justifie pas à elle seule la perquisition sans mandat d'une résidence sur le fondement du par. 11(7). Elle doit rendre l'obtention d'un mandat « difficilement réalisable ». Pour que l'entrée sans mandat réponde aux exigences du par. 11(7), le ministère public doit démontrer qu'elle s'imposait en raison du caractère pressant de la situation, que les policiers se devaient d'intervenir sans délai soit pour préserver la preuve, soit pour assurer leur sécurité ou celle du public. De plus, ce caractère pressant doit avoir été tel que prendre le temps d'obtenir un mandat aurait sérieusement compromis ces impératifs.

Aucune circonstance pressante ne commandait en l'espèce une intervention immédiate pour préserver la preuve. Qui plus est, les circonstances dans lesquelles P a reconnu avoir en sa possession quelques mégots en partie consommés, jumelées à la volonté des policiers de saisir ces mégots sans poursuite, n'ont pas non plus rendu l'obtention d'un mandat difficilement réalisable. C'est le caractère difficilement réalisable, non le caractère seulement inconvenient, qui satisfait à l'exigence du par. 11(7). Dans la présente affaire, les policiers auraient pu opter pour une mesure réalisable, soit arrêter P et obtenir un mandat les autorisant à entrer chez lui et saisir les mégots. Si la situation n'était pas suffisamment grave pour arrêter P et obtenir un mandat, elle ne l'était pas non plus pour entrer sans mandat dans une résidence privée. En outre, la crainte liée à la sécurité des policiers n'est pas à l'origine de la décision d'entrer sans mandat; c'est plutôt l'entrée sans mandat qui a fait naître cette crainte.

The evidence obtained as a result of the entry and search of P's residence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* as its admission would bring the administration of justice into disrepute. The police conduct, while not egregious, represented a serious departure from well-established constitutional norms. These police officers were not operating in unknown legal territory: their intention to effect a seizure on a "no case" basis was legally insignificant, in light of the well-established legal principles governing the authority of police to enter a residence without a warrant. The balancing of the relevant factors — seriousness of state conduct, seriousness of the infringement of *Charter* rights and the impact upon society's interest in adjudication — will never be an entirely objective exercise. While the effective destruction of the Crown's case weighs heavily, so does the warrantless entry into a private residence, having occurred to prevent P from destroying three roaches which the police themselves intended to destroy. It is important not to allow the third factor of society's interest in adjudicating a case on its merits to trump all other considerations, particularly where, as here, the impugned conduct was serious and worked a substantial impact on P's *Charter* right. Considering all these factors separately and together, the importance of ensuring that such conduct is not condoned by the court favours exclusion.

*Per* Moldaver and Gascon JJ. (dissenting): The majority analysis and conclusion on the voluntariness issue is agreed with. Contrary to the findings of the trial judge and three judges of the Court of Appeal, it is agreed that the police entry into P's apartment was unlawful and in breach of his s. 8 privacy rights. However, the firearms and drugs seized by the police from P's apartment were properly admitted into evidence and the appeal should be dismissed.

The function of this Court, in a case like the present one, is to clarify the law so that police officers, defence and Crown counsel, trial and appellate judges and the public at large can know what the law is and how it is to be applied in future cases. It is not to judge the police conduct against a standard that exceeds the wisdom and training of experienced trial and appellate judges. In an effort to clarify the law, it is accepted that s. 11(7) of the *Controlled Drug and Substances Act* was not available to the police on the facts of this case. Rather, in the circumstances, the police had three options available to them.

Il convient d'écarter, sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus grâce à l'entrée chez P et à la perquisition des lieux, car leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Sans être flagrante, la conduite des policiers dénote un écart marqué à une norme constitutionnelle bien établie. Les policiers ne sont pas intervenus dans un contexte juridique inconnu : leur intention d'effectuer une saisie « sans poursuite » importait peu en droit compte tenu des principes juridiques bien établis qui régissent le pouvoir des policiers d'entrer sans mandat dans une résidence. La mise en balance des facteurs pertinents, à savoir la gravité de la conduite de l'État, la gravité de l'atteinte à un droit constitutionnel et l'incidence sur l'intérêt de la société dans l'instruction de l'affaire au fond, ne constituera jamais une entreprise tout à fait objective. La destruction concrète de la preuve du ministère public pèse fortement dans la balance, mais il en va de même de l'entrée sans mandat dans une résidence privée afin d'empêcher P de détruire trois mégots que les policiers comptaient de toute façon détruire. Il importe de ne pas permettre que le troisième facteur — l'intérêt de la société dans l'instruction de l'affaire au fond — l'emporte sur toutes les autres considérations, surtout lorsque, comme en l'espèce, la conduite reprochée est grave et a une grande incidence sur un droit constitutionnel de P. Après examen de ces facteurs séparément puis dans leur ensemble, l'importance de faire en sorte que pareille conduite ne soit pas cautionnée par les tribunaux milite en faveur de l'exclusion de la preuve.

*Les* juges Moldaver et Gascon (dissidents) : Il y a accord avec l'analyse et la conclusion des juges majoritaires concernant le caractère volontaire de la déclaration. Malgré les conclusions contraires du juge du procès et des trois juges de la Cour d'appel, l'entrée des policiers chez P était certes illégale et attentatoire à son droit à la protection de sa vie privée garanti par l'art. 8. Toutefois, les armes à feu et les drogues saisies chez P ont été admises en preuve à juste titre, de sorte que le pourvoi devrait être rejeté.

Dans ce genre de dossier, il incombe à la Cour de clarifier le droit applicable afin que policiers, avocats de la défense, procureurs de la Couronne, juges de première instance et d'appel, de même que citoyens en général, puissent savoir quel est le droit applicable et comment il s'appliquera à l'avenir. Il ne lui appartient pas de juger la conduite des policiers à l'aune d'une norme qui échappe au discernement et aux connaissances de juges de première instance et d'appel chevronnés. Pour les besoins de la clarification du droit applicable, il est concédé que les policiers ne pouvaient se prévaloir du par. 11(7) de la *Loi*

They could have (1) tried to obtain P's lawful consent to enter his apartment and seize the roaches; (2) arrested P and obtained a warrant to search his apartment and seize the roaches; or (3) thrown up their hands and walked away, in dereliction of their duty to seize illicit drugs, even if only to catalogue and destroy them. That said, it is hardly fair to castigate the police for their conduct when prior to this case, the legal boundaries of s. 11(7) in the context of a "no case" seizure were at best unclear. One need only look to the lower court decisions to realize this.

This Court has consistently held that legal uncertainty is a factor which a court may take into account in assessing the seriousness of a *Charter* breach occasioned by police conduct. Where the law is evolving or in a state of uncertainty, and where the police are found to have acted in good faith, without ignorance or wilful or flagrant disregard of an accused's *Charter* rights, the seriousness of the breach may be attenuated.

In this case, the seriousness of the breach is clearly attenuated by the uncertainty surrounding the interpretation of s. 11(7) of the *CDSA* in the context of a "no case" seizure, and the strong findings of the trial judge that the police were acting in good faith throughout. The impact of the police entry on P's privacy interest is also attenuated because the evidence was lawfully discoverable if the police had obtained a warrant.

In sum, the police, acting in good faith, made a mistake about their authority to enter P's apartment under the auspices of s. 11(7) in a "no case" seizure — the same mistake that the lower courts made. The cumulative effect of legal uncertainty, police good faith, and the discoverability and reliability of critical evidence needed for there to be a trial on the merits resolves the balance in favour of admitting the evidence. In these circumstances, it is the exclusion of reliable and crucial evidence implicating P in very serious gun and drug offences that is far more likely to cause the public to lose faith and confidence in our criminal justice system. That said, in a case like this one, it is possible that an alternative remedy short of the exclusion of evidence, such as a sentence reduction, might be available under s. 24(1) of the *Charter*. Since this was not argued, it must be left for another day.

*réglémentant certaines drogues et autres substances* au vu des faits de l'espèce. Trois possibilités s'offraient en fait à eux : (1) tenter d'obtenir le consentement légal de P à ce qu'ils entrent chez lui et saisissent les mégots, (2) arrêter P et obtenir un mandat les autorisant à perquisitionner chez lui et saisir les mégots ou (3) abandonner la partie et quitter les lieux, et manquer ainsi à leur devoir de saisir une substance illicite, ne serait-ce que pour la consigner puis la détruire. Cela dit, il est injuste de blâmer la conduite des policiers alors que, jusqu'à ce que la Cour se prononce aujourd'hui, les paramètres d'application du par. 11(7) dans le cas d'une saisie « sans poursuite » étaient au mieux flous. Il suffit de consulter les décisions des tribunaux inférieurs pour le constater.

Notre Cour a statué avec constance que les tribunaux peuvent tenir compte de l'incertitude juridique lorsqu'ils apprécient la gravité d'une atteinte policière à un droit garanti par la *Charte*. Lorsque le droit évolue ou qu'il est incertain, et lorsque l'on conclut que les policiers ont agi de bonne foi, sans méconnaissance ou mépris délibéré des droits constitutionnels de l'accusé, la gravité de l'atteinte peut en être atténuée.

Dans la présente affaire, la gravité de l'atteinte est nettement atténuée par la portée incertaine du par. 11(7) de la *LRCDA*s dans le cas d'une saisie « sans poursuite » et par les conclusions catégoriques du juge du procès selon lesquelles les policiers ont toujours agi de bonne foi. L'incidence de l'entrée des policiers sur l'intérêt de P en matière de respect de la vie privée est également atténuée par le fait que les éléments de preuve en cause auraient pu être découverts légalement si un mandat avait été obtenu.

Ainsi, malgré leur bonne foi, les policiers ont commis l'erreur de se croire autorisés par le par. 11(7) à entrer chez P dans le cadre d'une saisie « sans poursuite »; ils ont commis la même erreur que les tribunaux inférieurs. C'est le cumul de l'incertitude juridique, de la bonne foi des policiers, de la possibilité de découvrir une preuve essentielle à la tenue d'un procès au fond et de la fiabilité d'une telle preuve qui permet de conclure la mise en balance en statuant que la preuve est admissible. Dès lors, c'est l'exclusion d'éléments de preuve fiables et cruciaux susceptibles d'établir la perpétration par P d'infractions très graves en matière d'armes à feu et de drogues qui est beaucoup plus susceptible d'amener le public à perdre confiance dans notre système de justice criminelle. Néanmoins, dans un cas comme celui considéré en l'espèce, une autre réparation, telle la réduction de peine, pourrait être accordée sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte* au lieu que la preuve soit écartée comme le prévoit le par. 24(2). Mais cette possibilité n'a pas été soulevée et il faudra statuer sur elle dans un dossier ultérieur.

## Cases Cited

By Brown J.

**Applied:** *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **referred to:** *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. Soules*, 2011 ONCA 429, 105 O.R. (3d) 561; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; *R. v. Maccooh*, [1993] 2 S.C.R. 802; *R. v. Erickson*, 2003 BCCA 693, 192 B.C.A.C. 203; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. McGuffie*, 2016 ONCA 365, 348 O.A.C. 365.

By Moldaver J. (dissenting)

*R. v. Erickson*, 2003 BCCA 693, 192 B.C.A.C. 203; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. M. (N.)* (2007), 223 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621.

## Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 9, 24(1),(2).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 11(1), (2), (7).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 117.02(1), 184.3(1), 487.1, 487.11, 529.3.  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 [rep. 1996, c. 19, s. 94], s. 10.

## Authors Cited

Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.  
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

## Jurisprudence

Citée par le juge Brown

**Arrêt appliqué :** *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. Soules*, 2011 ONCA 429, 105 O.R. (3d) 561; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *R. c. Maccooh*, [1993] 2 R.C.S. 802; *R. c. Erickson*, 2003 BCCA 693, 192 B.C.A.C. 203; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. McGuffie*, 2016 ONCA 365, 348 O.A.C. 365.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

*R. c. Erickson*, 2003 BCCA 693, 192 B.C.A.C. 203; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. M. (N.)* (2007), 223 C.C.C. (3d) 417; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621.

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 9, 24(1),(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 117.02(1), 184.3(1), 487.1, 487.11, 529.3.  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, art. 11(1), (2), (7).  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, c. N-1 [abr. 1996, c. 19, art. 94], art. 10.

## Doctrine et autres documents cités

Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *La preuve au Canada : Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1983.  
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.



Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lowry, Frankel and Bennett J.J.A.), 2015 BCCA 205, 372 B.C.A.C. 148, 640 W.A.C. 148, 324 C.C.C. (3d) 305, 340 C.R.R. (2d) 41, [2015] B.C.J. No. 946 (QL), 2015 CarswellBC 1256 (WL Can.), affirming the convictions for possession of controlled substances, possession of controlled substances for the purpose of trafficking and possession of prohibited or restricted firearms entered by Blok J., 2012 BCSC 1680, [2012] B.C.J. No. 2343 (QL), 2012 CarswellBC 3519 (WL Can.). Appeal allowed, convictions set aside and acquittals entered, Moldaver and Gascon JJ. dissenting.

*Daniel J. Song, Kenneth S. Westlake, Q.C., and Brent R. Anderson*, for the appellants.

*W. Paul Riley, Q.C., and Janna Hyman*, for the respondent.

*Gillian Roberts*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Jolaine Antonio*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Roy Millen and Rebecca Spigelman*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

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

BROWN J. —

## I. Introduction

[1] This appeal raises three distinct issues: (1) the applicability of the common law confessions rule to statements tendered in a *voir dire* under the

Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lowry, Frankel et Bennett), 2015 BCCA 205, 372 B.C.A.C. 148, 640 W.A.C. 148, 324 C.C.C. (3d) 305, 340 C.R.R. (2d) 41, [2015] B.C.J. No. 946 (QL), 2015 CarswellBC 1256 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité de possession de substances désignées, de possession de substances désignées en vue d'en faire le trafic et de possession illégale d'armes à feu prohibées ou à autorisation restreinte inscrites par le juge Blok, 2012 BCSC 1680, [2012] B.C.J. No. 2343 (QL), 2012 CarswellBC 3519 (WL Can.). Pourvoi accueilli, déclarations de culpabilité annulées et acquittements inscrits, les juges Moldaver et Gascon sont dissidents.

*Daniel J. Song, Kenneth S. Westlake, c.r., et Brent R. Anderson*, pour l'appellant.

*W. Paul Riley, c.r., et Janna Hyman*, pour l'intimée.

*Gillian Roberts*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Jolaine Antonio*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Roy Millen et Rebecca Spigelman*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

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

LE JUGE BROWN —

## I. Introduction

[1] Le pourvoi soulève les trois questions suivantes : (1) la règle des confessions de la common law s'applique-t-elle aux déclarations considérées

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*; (2) whether, on the facts of this case, exigent circumstances, within the meaning of s. 11(7) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“CDSA”), made it impracticable to obtain a warrant before entering and searching the appellant’s residence; and (3) whether the failure by police to comply with post-seizure reporting requirements constituted an infringement of s. 8 of the *Charter*. In addition, and depending on its determination of the second and third issues, the Court may have to consider whether the evidence obtained as the result of a warrantless entry and search of the appellant’s residence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

[2] These issues arise from a warrantless entry by police officers into the apartment of the appellant, Brendan Paterson, which followed his agreement to surrender several marihuana “roaches”. Once inside, the police observed a bulletproof vest, a firearm and drugs. They arrested the appellant and obtained a telewarrant, which led to the discovery of other firearms and drugs and to charges against the appellant in a nine-count indictment. At trial, the appellant alleged that the warrantless entry into his residence breached his s. 8 *Charter* right to be secure from an unreasonable search or seizure, as there were no “exigent circumstances” rendering it impracticable to obtain a warrant, within the meaning of s. 11(7) of the *CDSA*. Additionally, he alleged a further s. 8 breach arising from the police filing a late and incomplete report to the clerk of the court for the telewarrant.

[3] The trial judge held that exigent circumstances justified the entry into the residence. He also, however, found that the late and incomplete report infringed the appellant’s s. 8 right, but he admitted the evidence and convicted the appellant. His decision was affirmed at the Court of Appeal of British Columbia, before which the appellant advanced a new argument. The common law confessions rule should, he said, have precluded the admission of

lors d’un voir-dire tenu au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*, (2) au vu des faits de l’espèce, l’urgence de la situation au sens du par. 11(7) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« *LRCIDAS* »), a-t-elle rendu difficilement réalisable l’obtention d’un mandat avant d’entrer chez l’appelant et d’y effectuer une perquisition et (3) l’inobservation par les policiers des exigences relatives au rapport subséquent à la perquisition constitue-t-elle une atteinte au droit garanti à l’art. 8 de la *Charte*? En outre, selon sa réponse aux deuxième et troisième questions, la Cour pourrait devoir décider si les éléments de preuve obtenus grâce à l’entrée et à la perquisition sans mandat chez l’appelant devraient être écartés ou non par application du par. 24(2) de la *Charte*.

[2] Le litige fait suite à l’entrée sans mandat des policiers chez l’appelant, Brendan Paterson, après que celui-ci eut accepté de leur remettre quelques « mégots » de marihuana. Une fois à l’intérieur, les policiers ont constaté la présence d’un gilet pare-balles, d’une arme à feu et de drogues. Ils ont arrêté l’appelant puis obtenu un télémandat dont l’exécution a permis la découverte d’autres armes à feu et d’autres drogues ainsi que la formulation de neuf chefs d’accusation. Au procès, l’appelant a soutenu que l’entrée sans mandat dans sa résidence avait porté atteinte au droit à la protection que lui garantit l’art. 8 de la *Charte* contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives en ce qu’aucune « urgence de la situation » n’avait rendu difficilement réalisable l’obtention d’un mandat comme l’exige le par. 11(7) de la *LRCIDAS*. Il a en outre allégué que le dépôt par les policiers d’un rapport tardif et incomplet auprès du greffier du tribunal relativement au télémandat avait emporté une autre atteinte au droit garanti à l’art. 8.

[3] Le juge du procès a estimé que l’urgence de la situation avait justifié l’entrée dans la résidence, mais aussi que le rapport tardif et incomplet avait porté atteinte au droit garanti à l’art. 8 de la *Charte*. Il a tout de même admis la preuve et déclaré l’appelant coupable. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision. Selon la thèse avancée par l’appelant devant elle, la règle des confessions de la common law aurait dû, lors du

his statement about the roaches at the *voir dire* considering the lawfulness of the entry and search, as the Crown did not prove beyond a reasonable doubt that his statement was voluntarily made. The Court of Appeal rejected that argument, and upheld the convictions.

[4] For the reasons that follow, I agree with the Court of Appeal that the confessions rule has no application here. I reach a different conclusion, however, on the matter of the police entry into the appellant's residence which, in my respectful view, was not justified by exigent circumstances making it impracticable to obtain a warrant. As I am also of the view that the evidence obtained therefrom should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, it is unnecessary to decide whether a late and incomplete report could itself be a ground for a finding of an infringement of s. 8 of the *Charter*, and whether there was in fact such a breach. I would therefore allow the appeal, set aside the appellant's convictions and enter acquittals.

## II. Overview of Facts and Proceedings

### A. *Background*

[5] On November 30, 2007, in Langley, British Columbia, RCMP officers Warner, Bell and Dykeman were assigned to respond to a 911 call from a woman, C.W., who was crying and apparently injured. After speaking to the caller's mother who directed them to the appellant (C.W.'s boyfriend), the officers attended at the appellant's apartment building. The building manager gave them the appellant's apartment number, and told them that C.W. had been taken to hospital with unknown injuries. (C.W. would later tell police that she had accidentally slipped and hit the back of her head, and that the appellant did not cause her injury.) After police repeatedly knocked on the appellant's apartment door and announced their presence, the appellant opened the door. As he did so, Constable Dykeman noticed the odour of raw and smoked marijuana.

voir-dire tenu sur la légalité de l'entrée et de la perquisition, faire obstacle à l'admission de sa déclaration relative aux mégots puisque le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable son caractère volontaire. La Cour d'appel a rejeté la prétention et confirmé les déclarations de culpabilité.

[4] Pour les motifs qui suivent, je conviens avec la Cour d'appel que la règle des confessions ne trouve aucune application en l'espèce. J'arrive toutefois à une conclusion différente de la sienne en ce qui concerne l'entrée des policiers chez l'appelant car, soit dit en tout respect, elle n'était pas justifiée par une urgence de la situation qui rendait difficilement réalisable l'obtention d'un mandat. Comme je suis également d'avis que la preuve obtenue grâce à cette entrée devrait être écartée par application du par. 24(2) de la *Charte*, point n'est besoin de décider si un rapport tardif et incomplet peut en soi permettre de conclure à une atteinte au droit garanti à l'art. 8 de la *Charte*, ni s'il y a eu une telle atteinte dans les faits. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'inscrire des acquittements.

## II. Aperçu des faits et historique judiciaire

### A. *Contexte*

[5] Le 30 novembre 2007, à Langley, en Colombie-Britannique, les agents Warner, Bell et Dykeman de la Gendarmerie royale du Canada ont été dépêchés pour répondre à l'appel au service 9-1-1 de C.W., une femme en pleurs qui était apparemment blessée. Après avoir parlé à la mère de C.W., qui leur a communiqué les coordonnées de l'appelant (le copain de C.W.), les agents se sont rendus à la résidence de ce dernier. Le gérant de l'immeuble les a alors dirigés vers le bon appartement et les a informés que C.W. avait été emmenée à l'hôpital pour des blessures de nature indéterminée. (C.W. dira par la suite aux policiers qu'elle était tombée accidentellement et s'était blessée à l'arrière de la tête, et que l'appelant n'y était pour rien.) Après que les policiers eurent frappé maintes fois à sa porte et signalé leur présence, l'appelant leur a ouvert. C'est alors que l'agent Dykeman a perçu une odeur de marijuana fraîche et de marijuana fumée.

[6] After questioning the appellant about the 911 call and satisfying themselves that no one was in need of assistance, the officers asked him about the odour. He first denied its source, then acknowledged possessing some unconsumed portions of marijuana “roaches” in his residence. While the number of roaches was not confirmed, Constable Dykeman understood there to be three. The officers explained that they would have to seize the roaches, but that they would treat this as a “no case” seizure, meaning that they intended to seize the roaches without charging him. (Constable Dykeman testified to considering obtaining a warrant, but decided not to and instead simply seize the roaches so that he and the other officers could be on their way.) The appellant agreed to hand over the roaches and attempted to close the door, but Constable Dykeman blocked the door with his foot and said he would not let the appellant out of his sight. He testified having done so out of concern that the appellant would destroy the roaches, and for “officer safety”. Constable Dykeman followed the appellant into his residence. Constable Bell followed out of a concern that it was unsafe for Constable Dykeman to be alone with the appellant. (C.W.’s mother had advised the police that the appellant had a shotgun.)

[7] Once inside, the appellant grabbed a bag containing the roaches to hand over to the officers. As he did so, Constable Dykeman observed a bullet-proof vest on a couch, a handgun on an end table, and a bag of pills (which he believed to be ecstasy) on a speaker stand. He and Constable Bell immediately arrested and searched the appellant, finding a cell phone and a large amount of cash. A sweep of the residence revealed two large bags of pills (also believed to be ecstasy) and a bag of what appeared to be crack cocaine on a closet shelf.

[8] After securing the residence, Constable Dykeman returned to his detachment and applied for

[6] Après avoir interrogé l’appellant au sujet de l’appel au service 9-1-1 et s’être assurés que personne n’avait besoin d’aide, les agents lui ont également posé des questions sur l’odeur. L’appellant a d’abord nié que les effluves provenaient de son appartement, mais il a ensuite reconnu avoir chez lui une certaine quantité de « mégots » de marijuana non consommés. Il n’a pas précisé le nombre exact de ces mégots, mais l’agent Dykeman a conclu qu’il y en avait trois. Les agents ont expliqué à l’appellant qu’ils allaient devoir saisir les mégots, mais qu’il s’agirait d’une saisie « sans poursuite », c’est-à-dire qu’ils saisiraient les mégots et qu’aucune accusation ne serait portée contre lui. (L’agent Dykeman a dit avoir pensé à demander un mandat, mais avoir décidé de n’en rien faire et de seulement saisir les mégots de sorte que ses collègues et lui-même puissent quitter les lieux.) L’appellant a accepté de remettre les mégots, puis il a tenté de refermer la porte, mais l’agent Dykeman l’en a empêché avec son pied et a dit ne pas vouloir le perdre de vue. Il aurait agi ainsi de crainte que l’appellant ne détruise les mégots et pour assurer la « sécurité des policiers ». L’agent Dykeman a suivi l’appellant à l’intérieur, et l’agent Bell a suivi son collègue afin qu’il ne soit pas seul avec l’appellant, par crainte d’un danger (la mère de C.W. ayant dit aux policiers que l’appellant possédait un fusil de chasse).

[7] Une fois à l’intérieur, l’appellant a pris un sac contenant les mégots pour le remettre aux agents. L’agent Dykeman a alors aperçu une veste pare-balles sur un canapé, une arme de poing sur une table basse et un sac de comprimés (qui lui ont semblé être de l’ecstasy) sur le support d’une enceinte acoustique. L’agent Bell et lui ont procédé sur-le-champ à l’arrestation et à la fouille de l’appellant et ont trouvé sur lui un téléphone portable et une forte somme d’argent. Un examen rapide des lieux a révélé la présence de deux grands sacs de comprimés (encore une fois de l’ecstasy, selon eux) et, sur la tablette d’un placard, un sac qui paraissait contenir du crack.

[8] Après s’être assuré de l’absence d’autres personnes dans la résidence, l’agent Dykeman

and obtained a telewarrant under s. 11(1) and (2) of the *CDSA* and s. 487.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Police executed the warrant that same day, finding quantities of cocaine, methamphetamine, ecstasy pills, marihuana and oxycodone, drug paraphernalia, four loaded weapons, a bullet-proof vest as well as a large amount of cash. Ultimately, Mr. Paterson was convicted of four counts of possession of a prohibited or restricted firearm, three counts of possession of a controlled substance for the purpose of trafficking, and two counts of simple possession of a controlled substance.

[9] Section 487.1(9) of the *Criminal Code* requires a peace officer to whom a warrant is issued to file a report (“form 5.2 report”) to the clerk of the court, “as soon as practicable but within a period not exceeding seven days after the warrant has been executed”, containing (among other things) a list of things seized and the grounds for seizing anything that was not listed on the Information to Obtain a Search Warrant. In this case, while the warrant was executed on November 30, 2007, the form 5.2 report was not filed until February 13, 2008. Moreover, the form 5.2 report was incomplete, omitting many of the items seized and stating no grounds for seizure.

#### B. *Judicial History*

- (1) British Columbia Supreme Court — Blok J. (2011 BCSC 1728)

[10] A *voir dire* hearing was conducted before the trial judge to determine the admissibility of evidence obtained by the police as a result of their search of the appellant’s residence. The trial judge concluded that the common law duty upon police to protect life and public safety, as well as exigent circumstances within the meaning of s. 11(7) of the *CDSA*, justified their entry and search of the residence. While the

est retourné à son détachement. Il a obtenu un télémandat en application des par. 11(1) et (2) de la *LRCDAS* et de l’art. 487.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Les policiers ont exécuté le mandat le même jour; ils ont découvert de la cocaïne, de la métamphétamine, des comprimés d’ectasy, de la marihuana et de l’oxycodone, un attirail de consommation de drogues, quatre armes à feu chargées, un gilet pare-balles ainsi qu’une importante somme d’argent. M. Paterson a finalement été reconnu coupable de quatre chefs de possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, de trois chefs de possession d’une substance désignée en vue d’en faire le trafic et de deux chefs de possession simple d’une substance désignée.

[9] Le paragraphe 487.1(9) du *Code criminel* exige de l’agent de la paix à qui est décerné un mandat de perquisition qu’il dépose auprès du greffier du tribunal, « dans les plus brefs délais possible mais au plus tard dans les sept jours suivant l’exécution du mandat », un rapport (« rapport rédigé selon la formule 5.2 ») qui précise entre autres quelles choses ont été saisies et les motifs qui ont justifié la saisie de choses non mentionnées dans la dénonciation visant l’obtention d’un mandat de perquisition. En l’espèce, le mandat a été exécuté le 30 novembre 2007, mais le rapport rédigé selon la formule 5.2 n’a été déposé que le 13 février 2008. Qui plus est, le rapport était incomplet, bon nombre des objets saisis n’y figurant pas et aucun motif de saisie n’y étant précisé.

#### B. *Historique judiciaire*

- (1) Cour suprême de la Colombie-Britannique — Le juge Blok (2011 BCSC 1728)

[10] Le juge du procès a présidé un *voir-dire* afin de se prononcer sur l’admissibilité de la preuve recueillie par les policiers lors de la perquisition chez l’appelant. Il a conclu que le devoir fondamental du policier de protéger la vie et d’assurer la sécurité publique, jumelé à l’urgence de la situation au sens du par. 11(7) de la *LRCDAS*, avait justifié l’entrée des policiers dans la résidence et la perquisition

late and incomplete filing of the form 5.2 report constituted a breach of the appellant's right to be secure against unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*, he refused to exclude the evidence under s. 24(2), since the breach was inadvertent and not serious, the impact on the appellant's rights was limited, and the evidence gathered therefrom was highly reliable and crucial to the Crown's case for conviction for serious offences. The trial judge ultimately convicted the appellant on all counts (2012 BCSC 1680).

- (2) Court of Appeal of British Columbia — Lowry, Frankel and Bennett JJ.A. (2015 BCCA 205, 372 B.C.A.C. 148)

[11] On appeal, the appellant argued, for the first time, that the trial judge had erred by failing to determine the voluntariness of his statement about having roaches in his residence before relying on them in a *voir dire*. Additionally, he argued that the trial judge erred in finding that exigent circumstances justified police entry into his residence, and in finding that the late and incomplete filing of the form 5.2 report did not justify exclusion of the evidence under s. 24(2).

[12] The appeal was dismissed. On the matter of voluntariness, the Crown was not required to prove the voluntariness of an accused's statement for it to be admitted at a *voir dire*. This followed, the Court of Appeal explained, from the primary rationale of the common law confessions rule — ensuring reliability and trial fairness. That rationale does not apply where the evidence may never be heard by the trier of fact and where the inquiry is into state conduct, not the guilt of the accused. Further, police should be entitled to rely upon a statement to justify an investigation, even where that statement is not the product of an operating mind or is otherwise involuntarily made. Finally, imposing an onus upon the Crown in a *voir dire* would operate in tension

de celle-ci. Même s'il conclut que le dépôt tardif du rapport incomplet rédigé selon la formule 5.2 constitue une atteinte au droit que l'art. 8 de la *Charte* garantit à l'appelant d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, il refuse d'écarter la preuve sur le fondement du par. 24(2). Il estime en effet qu'il s'agit d'une atteinte involontaire et sans gravité, que son incidence sur les droits de l'appelant est circonscrite et que les éléments ainsi recueillis sont très fiables et sont indispensables à la preuve par le ministère public de la perpétration d'infractions graves. Le juge du procès reconnaît donc l'appelant coupable de tous les chefs d'accusation (2012 BCSC 1680).

- (2) Cour d'appel de la Colombie-Britannique — Les juges Lowry, Frankel et Bennett (2015 BCCA 205, 372 B.C.A.C. 148)

[11] En appel, l'appelant a soutenu pour la première fois que le juge du procès avait eu tort de ne pas se prononcer sur le caractère volontaire de sa déclaration selon laquelle il avait des mégots chez lui avant de se fonder sur elle lors du voir-dire. Il a également fait valoir que le juge avait conclu à tort que l'urgence de la situation avait justifié l'entrée des policiers dans sa demeure et que le dépôt tardif d'un rapport incomplet rédigé selon la formule 5.2 ne commandait pas d'écarter la preuve par application du par. 24(2) de la *Charte*.

[12] L'appel a été rejeté. S'agissant du caractère volontaire de la déclaration de l'accusé, le ministère public n'était pas tenu de le prouver pour que la déclaration puisse être admise dans le cadre du voir-dire. La Cour d'appel explique qu'il en est ainsi à cause de la raison d'être principale de la règle des confessions de la common law, à savoir assurer la fiabilité d'un aveu et l'équité du procès. Or, cette raison d'être ne vaut pas lorsque la preuve pourrait ne jamais être entendue par le juge des faits et que c'est la conduite de l'État, non la culpabilité de l'accusé, qui est en cause. Par ailleurs, les policiers devraient pouvoir se fonder sur une déclaration pour tenir une enquête, même lorsque cette déclaration n'est pas le fruit d'un état d'esprit conscient ou qu'elle est par

with the prevailing burden upon the accused to demonstrate a breach.

[13] As to the entry by police into the residence, the Court of Appeal agreed with the trial judge that, as it was “impracticable” for police to obtain a warrant, the police officers were confronted with exigent circumstances. Constable Bell’s entry behind Constable Dykeman was also reasonable, having occurred out of concern for officer safety. Finally, the trial judge’s conclusion under s. 24(2) to admit the evidence obtained from the warrantless entry and subsequent search was entitled to deference. In the result, it was unnecessary to decide whether he correctly found that the mishandling of the form 5.2 report constituted a breach of s. 8.

### III. Analysis

#### A. *Voluntariness*

[14] The law’s concern for “voluntariness” in relation to police investigative techniques is embodied in the confessions rule. That rule prohibits the admission *at trial* of statements made by suspects to police or to other persons in authority, unless the Crown proves beyond a reasonable doubt that such statements were voluntary (S. Penney, V. Rondinelli and J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (2011), at p. 272; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at para. 17). The Crown’s burden — which is identical to its burden in respect of the accused’s guilt itself — highlights that the rule is linked to the law’s concern that involuntary statements are “unreliable as affirmations of guilt” (S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), §8.24; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), at p. 609; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, pp. 653-54, per

ailleurs involontaire. Enfin, imputer le fardeau de la preuve au ministère public lors d’un voir-dire constitutionnel entre en conflit avec l’obligation prédominante de l’accusé de démontrer l’existence d’une atteinte.

[13] Au sujet de l’entrée sans mandat chez l’appelant, la Cour d’appel convient avec le juge du procès que, puisque l’obtention d’un mandat était « difficilement réalisable », les policiers satisfaisaient au critère de l’urgence de la situation. L’entrée de l’agent Bell à la suite de son collègue Dykeman était également raisonnable puisqu’elle résultait d’un souci pour la sécurité d’un policier. Enfin, la déférence s’impose vis-à-vis de la décision du juge du procès fondée sur le par. 24(2) d’admettre en preuve les éléments obtenus par les policiers grâce à l’entrée sans mandat puis à la perquisition qui a suivi. La Cour d’appel ne juge donc pas nécessaire de se prononcer sur le bien-fondé de la conclusion du juge du procès selon laquelle les irrégularités du rapport rédigé selon la formule 5.2 ont porté atteinte au droit garanti par l’art. 8.

### III. Analyse

#### A. *Le caractère volontaire*

[14] La règle des confessions traduit le souci du droit pour le « caractère volontaire » d’une déclaration obtenue grâce à une technique d’enquête policière. Elle fait obstacle à l’admission en preuve *au procès* de la déclaration d’un suspect à un policier ou à une autre personne en situation d’autorité, sauf si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que la déclaration était volontaire (S. Penney, V. Rondinelli et J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (2011), p. 272; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 17). Identique à celui qui lui incombe en ce qui concerne la culpabilité même de l’accusé, le fardeau de preuve qui pèse sur le ministère public à cet égard fait ressortir le rattachement de la règle des confessions au principe juridique voulant qu’une déclaration involontaire [TRADUCTION] « ne soit pas une affirmation de culpabilité fiable » (S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4<sup>e</sup> éd. 2014), §8.24;

Estey J., dissenting).<sup>1</sup> As this Court recognized in *Hodgson* (at para. 19), statements obtained by force, threat or promises are inherently unreliable.

[15] The Court has also recognized, however, that concern for the untrustworthiness of involuntary confessions does not entirely capture the rationale for excluding evidence caught by the confessions rule. In *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, the rule was said to rest on fundamental notions of trial fairness and (at p. 173) “the idea that a person in the power of the state’s criminal process has the right to freely choose whether or not to make a statement to the police”, coupled with a “concern [for] the repute and integrity of the judicial process”. Those same concerns, the Court added (at p. 175), underlay the privilege against self-incrimination, and supported recognition of a detainee’s right to silence as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. “Voluntariness” then, as a concept designed to limit the scope of police investigative techniques, has been broadly associated with the principle that the Crown must, to maintain the repute and integrity of the trial process, establish guilt without the assistance of the accused (*Hodgson*, at para. 23, citing the *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), at p. 175).

[16] The foregoing explanations for the confessions rule are not neatly encapsulated and, as the Court has observed more than once, “a rationale for the confessions rule extending beyond trustworthiness has not always been easy to locate (*R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 73; *Hodgson*, at para. 23). It suffices here to observe that the Crown must prove the voluntariness of an accused’s

<sup>1</sup> In this regard, I respectfully disagree with the Court of Appeal’s statement, at para. 57, that the confessions rule “ensures that false confessions are not admitted”. Whether the impugned statement is true or false is irrelevant to the inquiry.

*Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), p. 609; *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 653-654, le juge Estey, dissident)<sup>1</sup>. Comme le reconnaît la Cour dans l’arrêt *Hodgson* (par. 19), la déclaration obtenue par la force, par la menace ou grâce à des promesses est intrinsèquement non fiable.

[15] Toutefois, la Cour reconnaît également que la non-fiabilité éventuelle d’un aveu involontaire n’explique qu’en partie l’exclusion de la preuve par application de la règle des confessions. Ainsi, dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, la Cour affirme que cette règle repose sur les notions fondamentales que sont l’équité procédurale et (p. 173) « l’idée qu’une personne assujettie au pouvoir de l’État en matière criminelle a le droit de décider librement de faire ou non une déclaration aux policiers », jumelée au « souci [. . .] de préserver l’intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit ». Elle ajoute (à la p. 175) que ces préoccupations sous-tendent le privilège de ne pas s’incriminer et appuient l’assimilation du droit de la personne détenue de garder le silence à un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte*. En tant qu’exigence visant à limiter la portée des techniques d’enquête policière, le « caractère volontaire » est donc largement associé au principe voulant que, pour préserver l’intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit, le ministère public doit établir la culpabilité sans l’aide de l’accusé (*Hodgson*, par. 23, citant le *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l’uniformisation des règles de preuve* (1983), p. 195).

[16] Ces raisons d’être de la règle des confessions ne sont pas formulées clairement et, comme le fait observer la Cour dans plus d’un arrêt, « il n’a pas toujours été facile de justifier la règle des confessions par autre chose que la fiabilité des déclarations » (*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 73; *Hodgson*, par. 23). Il suffit de signaler en l’espèce que le ministère public doit prouver le caractère

<sup>1</sup> À ce sujet, je ne peux malheureusement souscrire à l’affirmation de la Cour d’appel (au par. 57) selon laquelle la règle des confessions [TRADUCTION] « permet de faire obstacle à l’admission de faux aveux ». La véracité de la déclaration en cause importe peu aux fins de l’examen.



statement before it can rely upon that statement at trial as supporting a finding of guilt, and that this rule applies to ensure trial fairness and to preclude conviction of an accused based upon compelled and as such inherently unreliable evidence. While, therefore, the rule's application has been confined to trial, the appellant says that its "broad purpose" should operate to require the Crown to prove the voluntariness of such statements for *any* purpose — "even for the limited purpose of establishing reasonable grounds for a search" in a *voir dire*. To confine the judicial inquiry into the voluntariness of a statement to *trial* evidence, he says, allows police to take "unfair . . . advantage" of "mentally ill and disabled" persons, thereby "engender[ing] systemic imbalance against those in need of the highest legal protections". Further, the appellant views any evidence assisting the Crown in any way as "incriminating", such that a statement which justifies a search ought to be shown to have been voluntarily made. It follows, he says, that unreliable evidence such as an involuntary confession cannot be relied upon to justify a search.

[17] As to the procedure to be followed, the appellant says that the voluntariness of a statement — such as the appellant's statement regarding the roaches — leading to a police search should be determined prior to the *voir dire* on the lawfulness of the search. Alternatively, he says, a blended *voir dire* could occur. In this case, since neither the trial judge nor counsel addressed the voluntariness of the appellant's statement, and since there is a possibility that his statements could have been ruled involuntary, he says a new trial is necessary.

[18] In my view, the confessions rule should not be expanded as proposed by the appellant. More particularly, for the following reasons, the confessions rule should not apply to statements tendered in the context of a *voir dire* under the *Charter*.

volontaire de la déclaration d'un accusé avant de l'invoquer au procès pour obtenir une déclaration de culpabilité et que cette règle intervient pour garantir l'équité procédurale et empêcher qu'un accusé soit déclaré coupable à partir d'un témoignage forcé et donc intrinsèquement non fiable. Même si cette règle vaut donc uniquement au procès, l'appellant soutient que son [TRADUCTION] « objectif général » devrait jouer de manière à obliger le ministère public à prouver, lors d'un voir-dire, le caractère volontaire d'une déclaration à *quelque* fin que ce soit, « même simplement pour établir l'existence de motifs raisonnables d'effectuer une fouille ou une perquisition ». Selon lui, ne faire porter l'examen judiciaire du caractère volontaire de la déclaration que sur la preuve offerte *au procès* confère à la police « un avantage injuste [. . .] sur la personne handicapée ou atteinte de troubles mentaux », ce qui « crée un déséquilibre systémique au détriment de ceux qui ont besoin des protections juridiques les plus importantes ». En outre, l'appellant tient pour « incriminante » toute preuve susceptible d'aider le ministère public de quelque manière, de sorte qu'il faudrait selon lui démontrer que la déclaration invoquée pour justifier une fouille ou une perquisition a été faite volontairement. Dès lors, un élément de preuve non fiable comme un aveu involontaire ne pourrait être invoqué pour justifier une fouille ou une perquisition.

[17] En ce qui a trait à la procédure qui devrait être suivie, l'appellant soutient que le caractère volontaire d'une déclaration qui mène à une fouille ou à une perquisition policière — telle sa déclaration concernant les mégots — devrait être établi avant la tenue d'un voir-dire sur la légalité de la mesure. À titre subsidiaire, il avance qu'un voir-dire mixte portant sur plusieurs aspects pourrait avoir lieu. En l'espèce, puisque ni le juge du procès, ni les avocats n'abordent la question du caractère volontaire de sa déclaration et que celle-ci aurait pu être jugée involontaire, il prétend qu'un nouveau procès s'impose.

[18] À mon avis, la portée de la règle des confessions ne devrait pas être accrue comme le préconise l'appellant. Plus particulièrement, et pour les raisons qui suivent, la règle ne devrait pas s'appliquer aux déclarations considérées lors d'un voir-dire constitutionnel.

[19] First, the appellant's submissions fail to account for the purpose of the judicial inquiry in a *Charter voir dire*, and its distinction from the purpose of a criminal trial. A criminal trial is concerned with determining whether the accused is guilty of an offence. In a *Charter voir dire*, however, the focus is not on the accused's guilt, but on whether the accused's constitutional rights were infringed. A *Charter voir dire* therefore involves a review of the totality of the circumstances known to, and relied upon by, the state actor at the time of the impugned action. To be clear, only the state actor's contemporary state of mind and conduct is at issue, and not the truthfulness of the statement upon which he or she relied. It is for this reason that the truthfulness of a statement has no bearing upon its admissibility; rather, the inquiry is focussed upon whether it was reasonable for him or her to rely upon the statement as forming grounds for the action under scrutiny.

[20] The significance of this distinction between the purpose of a *Charter voir dire* and a trial also governs the admissibility of other forms of evidence, such as hearsay, evidence of bad character or of past discreditable conduct, information obtained from confidential informants, information protected by privilege or, as discussed in *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250, at paras. 61-62, personal opinion informed by prior training and experience. Each of these forms of evidence raises either reliability or policy concerns and is therefore subject to strict evidentiary rules which restrict or preclude altogether admissibility for substantive use at the trial proper. Such concerns do not, however, arise at a *Charter voir dire*, because of the limited purpose for which this evidence may be used — going only to the state actor's state of mind and conduct, and not to the ultimate reliability of the evidence in determining the guilt of the accused. It follows that admitting a statement made by an accused for that limited purpose without first establishing its voluntariness does not offend the rationales underlying the confessions rule. The confessions rule's driving concern for trial fairness and avoiding conviction upon

[19] Premièrement, les prétentions de l'appelant méconnaissent l'objet de l'examen auquel se livre le tribunal lors d'un voir-dire constitutionnel et le fait que cet objet se distingue de celui d'un procès criminel, lequel se soucie de la culpabilité ou de la non-culpabilité de la personne accusée d'une infraction, alors que le voir-dire constitutionnel ne s'attache pas à la culpabilité de l'accusé, mais plutôt au respect ou non de ses droits constitutionnels. Le voir-dire constitutionnel suppose donc l'analyse de la totalité des circonstances connues du représentant de l'État et sur lesquelles ce dernier s'est fondé au moment de prendre la mesure en cause. Plus précisément, seuls sont considérés l'état d'esprit et la conduite du représentant de l'État à ce moment précis, et la véracité de la déclaration à partir de laquelle il a agi ne l'est pas. C'est pourquoi la véracité d'une déclaration n'a pas d'incidence sur son admissibilité; l'examen s'attache plutôt à la question de savoir s'il était raisonnable que le représentant de l'État voie dans la déclaration un motif justifiant la mesure.

[20] L'importance de cette distinction entre l'objet du voir-dire constitutionnel et celui du procès vaut également pour l'admissibilité d'autres types de preuve, dont le oui-dire, la preuve de mauvaise moralité ou de conduite antérieure indigne, le renseignement obtenu d'un indicateur anonyme, le renseignement protégé par un privilège ou, comme dans *R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250, par. 61-62, l'opinion personnelle basée sur la formation et l'expérience. Ces types de preuve suscitent tous des craintes concernant soit la fiabilité, soit le respect de considérations de politique générale, de sorte qu'ils sont assujettis à des règles de preuve strictes qui font partiellement ou totalement obstacle à leur admissibilité au fond lors du procès. Cependant, de telles craintes n'entrent pas en jeu dans le cas d'un voir-dire constitutionnel étant donné l'utilisation restreinte de l'élément de preuve, lequel ne porte en effet que sur l'état d'esprit et la conduite du représentant de l'État, non sur la fiabilité de l'élément de preuve pour statuer ultimement sur la culpabilité de l'accusé. Il s'ensuit qu'admettre en preuve une déclaration de l'accusé en vue d'une telle utilisation restreinte, sans établir au préalable son caractère

inherently unreliable evidence simply does not arise at the *voir dire* stage.

[21] In sum, admitting a statement by an accused for the purpose of assessing the constitutionality of state action, as opposed to the purpose of determining the accused's guilt, does not engage the rationale for the confessions rule. To apply the rule to evidence presented at a *Charter voir dire* would distort both the rule and its rationale.

[22] Second, the appellant's arguments regarding the ability of police officers to coerce information from vulnerable witnesses are already addressed by our criminal procedure. A substantial distinction separates, on one hand, allowing the Crown to adduce statements at a *Charter voir dire* without proving voluntariness and, on the other hand, condoning police conduct which coerces involuntary statements. The appellant's submissions construct a false choice by failing to account for other legal protections against abusive state conduct. For example, the appellant's concern that police might ignore obvious indicia of unreliability such as an operating mind is addressed by the requirement that the Crown demonstrate that police reasonably relied on an accused's statement and that it provided the requisite grounds to act. Similarly, coercive or otherwise abusive tactics by police designed to extract information involuntarily from an accused would be subject to scrutiny under ss. 7, 8 or 9 of the *Charter*, with a view to possible exclusion of such evidence under s. 24(2) or a stay of proceedings. In brief, the appellant's submissions offer no good reason for concern that the rights of the accused are not entirely reconcilable with the state's reliance on an accused's statement to demonstrate the constitutionality of its investigative steps.

[23] Finally, applying the confessions rule to statements adduced in a *Charter voir dire* would lead to undesirable consequences, inhibiting legitimate and

volontaire, n'est pas contraire aux raisons d'être de la règle des confessions. Le souci qui sous-tend celle-ci, à savoir assurer l'équité du procès et éviter qu'une personne soit déclarée coupable à partir d'éléments de preuve intrinsèquement non fiables, n'entre tout simplement pas en jeu à l'étape du voir-dire.

[21] En résumé, l'admission en preuve de la déclaration d'un accusé afin de statuer sur la constitutionnalité d'une mesure de l'État, et non sur la culpabilité de l'accusé, ne fait pas entrer en jeu la raison d'être de la règle des confessions. Appliquer cette règle aux éléments de preuve présentés lors d'un voir-dire constitutionnel reviendrait à dénaturer aussi bien la règle que sa raison d'être.

[22] Deuxièmement, notre procédure pénale répond déjà à la crainte de l'appelant qu'un policier puisse obtenir un renseignement d'un témoin vulnérable par la contrainte. Permettre au ministère public de présenter une déclaration lors d'un voir-dire constitutionnel sans en prouver le caractère volontaire diffère sensiblement de cautionner la conduite d'un policier qui obtient une déclaration involontaire sous la contrainte. Les prétentions de l'appelant créent une fausse dichotomie, car elles ne tiennent pas compte des autres protections juridiques contre les actes abusifs de l'État. Par exemple, l'obligation du ministère public de prouver que le policier s'est raisonnablement fondé sur la déclaration de l'accusé et qu'il a invoqué les motifs requis pour agir répond déjà à la crainte de l'appelant que les policiers puissent ne pas tenir compte de signes manifestes de non-fiabilité, telle l'absence d'un état d'esprit conscient. De même, une technique policière coercitive ou par ailleurs abusive visant à soutirer un renseignement à l'accusé contre son gré serait soumise à un examen au regard de l'art. 7, 8 ou 9 de la *Charte*. La preuve ainsi obtenue pourrait être écartée par application du par. 24(2) ou entraîner l'arrêt des procédures. En somme, la thèse de l'appelant ne justifie pas la crainte que les droits de l'accusé ne soient pas tout à fait conciliables avec le recours de l'État à une déclaration de l'accusé pour démontrer la constitutionnalité d'une étape de l'enquête.

[23] Enfin, appliquer la règle des confessions à la déclaration produite lors d'un voir-dire constitutionnel aurait l'effet non souhaitable de faire obstacle

necessary police investigative powers. For example, and as the intervener, the Attorney General of Ontario observed, requiring police to prove the voluntariness of an accused's statement would contradict this Court's direction in *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3, that police may rely, for the limited purpose of forming grounds for an approved screening device demand, upon answers given roadside by drivers in response to questions about alcohol consumption. To be clear, such evidence entails, as the Court said, "compelled direct participation" by the driver (para. 58 (emphasis added)),<sup>2</sup> which would be inadmissible at trial to prove impairment. The limited purpose of justifying further investigation, however, coupled with the absence of concern for trial fairness and reliability, supports its admissibility at a *Charter* voir dire considering the constitutionality of the investigation itself and, in particular, of the reasonableness of the officer's grounds for demanding a breath sample.

[24] Indeed, in some instances, application of the confessions rule to statements adduced at a *Charter* voir dire would lead to absurdities. Police officers would be required to positively ascertain voluntariness in respect of almost every person they encounter in responding to an emergency, when receiving a 911 call or at other early points in an investigation, where it may be unclear who is a suspect and who is a mere witness. In dynamic and emergent circumstances, police officers must be permitted, within constitutional bounds, to respond and investigate with dispatch. Taken to its logical extension, the appellant's submission would cast doubt

<sup>2</sup> The Attorney General of Ontario notes that in *R. v. Soules*, 2011 ONCA 429, 105 O.R. (3d) 561, upon which the appellant relies, police were prohibited from relying on statutorily compelled statements from the accused *for any purpose*, including to establish grounds for further investigative steps. Without commenting on the correctness of *Soules*, I observe that *Orbanski's* direction that the police may rely upon roadside statements for the purpose I have described was categorical.

aux pouvoirs d'enquête à la fois légitimes et nécessaires de la police. À titre d'exemple, et comme le fait remarquer l'intervenant le procureur général de l'Ontario, exiger des policiers qu'ils prouvent le caractère volontaire de la déclaration d'un accusé irait à l'encontre de l'arrêt *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3. Dans cet arrêt, la Cour opine que les policiers qui interceptent un conducteur sur la route peuvent, uniquement pour établir l'existence de motifs qui justifient l'ordre de fournir un échantillon dans un appareil de détection approuvé, s'appuyer sur les réponses obtenues de cet automobiliste sur sa consommation d'alcool. Un tel élément de preuve découle forcément, comme le dit la Cour, de la « participation directe et obligatoire » du conducteur (par. 58 (je souligne))<sup>2</sup> et serait inadmissible au procès pour prouver une capacité de conduite affaiblie. Néanmoins, l'objectif restreint de justifier une enquête plus approfondie, ainsi que l'absence de tout souci d'équité du procès et de fiabilité de la preuve, milite en faveur de l'admissibilité de l'élément lors d'un voir-dire sur la constitutionnalité de l'enquête comme telle et, en particulier, sur le caractère raisonnable des motifs pour lesquels le policier a ordonné la fourniture d'un échantillon d'haleine.

[24] En effet, dans certains cas, l'application de la règle des confessions aux déclarations présentées dans le cadre d'un voir-dire constitutionnel donnerait lieu à des situations absurdes. Les policiers devraient alors s'assurer du caractère volontaire des déclarations de pratiquement toutes les personnes qu'ils rencontrent lors d'une intervention d'urgence, que ce soit au moment de répondre à l'appel au service 9-1-1 ou à un autre moment au début d'une enquête, à un stade où l'on peut difficilement départager suspects et simples témoins. Lorsqu'une situation prend naissance et évolue rapidement, les policiers doivent pouvoir, dans les limites fixées par

<sup>2</sup> Le procureur général de l'Ontario signale que, dans l'affaire *R. c. Soules*, 2011 ONCA 429, 105 O.R. (3d) 561, invoquée par l'appellant, les policiers ont été empêchés d'utiliser à *quelque fin que ce soit* les déclarations obtenues de l'accusé en vertu d'une obligation légale, y compris pour établir l'existence de motifs d'approfondir l'enquête. Sans me prononcer sur le bien-fondé de l'arrêt *Soules*, je ferai remarquer que, dans *Orbanski*, la Cour est catégorique : les policiers peuvent utiliser une déclaration obtenue lors d'un contrôle routier à la fin susmentionnée.

on basic and uncontroversial police practices which are dependent upon statements made by suspects. It would stifle police investigations, compromise public safety and needlessly lengthen and complicate *voir dire* proceedings — all, it bears reiterating, to secure protections which (as I have explained at para. 22) our criminal procedure already affords accused persons.

[25] It follows from the foregoing that I am of the view the Court of Appeal correctly decided that the Crown was not required to prove the voluntariness of the appellant’s statement regarding the roaches in his residence prior to its admission at a *Charter voir dire*.

B. *Did Exigent Circumstances, Making it Impracticable to Obtain a Warrant, Justify a Warrantless Entry Into the Appellant’s Residence?*

(1) The Meaning of “Exigent Circumstances” and “Impracticable”

[26] Before us, no one disputed that the police officers’ warrantless entry into the appellant’s residence constituted a search. At issue, however, is whether it was justified by “exigent circumstances” making it, within the meaning of s. 11(7) of the *CDSA*, “impracticable” to obtain a warrant.

[27] Section 11(7) states:

(7) A peace officer may exercise any of the powers described in subsection (1), (5) or (6) without a warrant if the conditions for obtaining a warrant exist but by reason of exigent circumstances it would be impracticable to obtain one.

(7) L’agent de la paix peut exercer sans mandat les pouvoirs visés aux paragraphes (1), (5) ou (6) lorsque l’urgence de la situation rend son obtention difficilement réalisable, sous réserve que les conditions de délivrance en soient réunies.

la Constitution, intervenir et enquêter avec diligence. La conséquence logique de la thèse de l’appelant serait la remise en question de pratiques policières élémentaires que nul ne conteste et qui sont tributaires des déclarations des suspects. Les enquêtes policières en seraient paralysées et la sécurité publique compromise, sans compter que la durée et la complexité des voir-dire s’accroîtraient inutilement, tout cela uniquement, faut-il le répéter, pour offrir à l’accusé des protections que notre procédure pénale prévoit déjà (comme je l’explique au par. 22).

[25] Au vu de ce qui précède, je suis d’avis que la Cour d’appel a raison de conclure que le ministre public n’avait pas à prouver le caractère volontaire de la déclaration de l’appelant selon laquelle il avait des mégots chez lui pour que cette déclaration puisse être admise en preuve lors du voir-dire constitutionnel.

B. *L’urgence de la situation qui aurait rendu difficilement réalisable l’obtention d’un mandat justifiait-elle l’entrée sans mandat dans la résidence de l’appelant?*

(1) Ce qu’il faut entendre par « urgence de la situation » et « difficilement réalisable »

[26] Nul ne conteste devant nous que l’entrée sans mandat des policiers chez l’appelant constituait une perquisition. Il nous faut toutefois décider si elle était justifiée par une « urgence de la situation » qui rendait « difficilement réalisable » l’obtention d’un mandat au sens du par. 11(7) de la *LRCDas*.

[27] Le texte du par. 11(7) de la *LRCDas* est le suivant :

(7) L’agent de la paix peut exercer sans mandat les pouvoirs visés aux paragraphes (1), (5) ou (6) lorsque l’urgence de la situation rend son obtention difficilement réalisable, sous réserve que les conditions de délivrance en soient réunies.

(7) A peace officer may exercise any of the powers described in subsection (1), (5) or (6) without a warrant if the conditions for obtaining a warrant exist but by reason of exigent circumstances it would be impracticable to obtain one.

[28] Subsection (1) of s. 11 empowers a peace officer to conduct a warranted search of a place for, *inter alia*, a controlled substance and to seize it. The relevant effect of s. 11(7) to the facts of this appeal, then, was to empower Constables Dykeman and Bell to conduct a warrantless search of the appellant's residence for a controlled substance, so long as conditions for obtaining a warrant existed (which is not disputed here), and exigent circumstances made it impracticable for them to obtain a warrant.

[29] As to the meaning of “exigent circumstances”, the appellant points to s. 529.3 of the *Criminal Code*, subs. (1) of which authorizes a peace officer to enter a dwelling-house without a warrant for the purpose of arresting or apprehending a person reasonably believed to be present therein, where “the conditions for obtaining a warrant . . . exist but by reason of exigent circumstances it would be impracticable to obtain a warrant”. Subsection (2) of s. 529.3 defines “exigent circumstances” as including circumstances in which the peace officer:

(a) has reasonable grounds to suspect that entry into the dwelling-house is necessary to prevent imminent bodily harm or death to any person; or

(b) has reasonable grounds to believe that evidence relating to the commission of an indictable offence is present in the dwelling-house and that entry into the dwelling-house is necessary to prevent the imminent loss or imminent destruction of the evidence.

[30] The appellant's submission, in essence, is that the definition of “exigent circumstances” found in s. 529.3(2) of the *Criminal Code* should be applied to define “exigent circumstances” as it appears in s. 11(7) of the *CDSA*. This would have the effect of requiring police to demonstrate either that entry is necessary to prevent imminent bodily harm or death, or that entry is necessary to prevent the imminent loss or destruction of evidence relating to the commission of an indictable offence — neither of which could have been established on the facts known to Constables Dykeman and Bell prior to entry.

[28] Le paragraphe 11(1) de la *LRCDAS* autorise l'agent de la paix à exécuter une perquisition avec mandat en un lieu en vue notamment d'y saisir une substance désignée. Dans la présente affaire, le par. 11(7) a donc permis aux agents Dykeman et Bell d'effectuer une perquisition sans mandat chez l'appelant pour y rechercher une substance désignée dans la mesure où les conditions de délivrance du mandat étaient réunies (ce qui n'est pas contesté en l'espèce) et où l'urgence de la situation rendait difficilement réalisable l'obtention d'un mandat.

[29] En ce qui concerne la signification de l'expression « urgence de la situation », l'appelant invoque le par. 529.3(1) du *Code criminel*, qui autorise un agent de la paix à pénétrer sans mandat dans une maison d'habitation pour y arrêter une personne s'il a des motifs raisonnables de croire que la personne s'y trouve, si « les conditions de délivrance du mandat [. . .] sont réunies et si l'urgence de la situation rend difficilement réalisable son obtention ». Suivant le par. 529.3(2), il y a notamment « urgence » lorsque l'agent de la paix, selon le cas :

a) a des motifs raisonnables de soupçonner qu'il est nécessaire de pénétrer dans la maison d'habitation pour éviter à une personne des lésions corporelles imminentes ou la mort;

b) a des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve relatifs à la perpétration d'un acte criminel se trouvent dans la maison d'habitation et qu'il est nécessaire d'y pénétrer pour éviter leur perte ou leur destruction imminentes.

[30] L'appelant soutient essentiellement qu'il faut recourir au par. 529.3(2) du *Code criminel* pour définir l'expression « urgence de la situation » employée au par. 11(7) de la *LRCDAS*. Les policiers seraient dès lors tenus de démontrer qu'il était nécessaire de pénétrer dans les lieux soit pour éviter à une personne des lésions corporelles imminentes ou la mort, soit pour éviter la perte ou la destruction d'éléments de preuve relatifs à la perpétration d'un acte criminel. Or, les faits dont les agents Dykeman et Bell avaient connaissance avant leur entrée chez l'appelant ne leur permettaient pas de satisfaire à l'une ou l'autre de ces conditions.

[31] I reject this submission. Section 11 of the *CDSA* lacks the express language of s. 529.3(2) limiting its scope, where applied to the preservation of evidence, to *indictable* offences. Parliament, which regularly and expertly legislates pursuant to its criminal law power, could have easily conditioned warrantless searches under s. 11(7) in precisely the same terms as contained in s. 529.3(2). That it chose not to do so is unsurprising, when s. 529.3(2) is considered alongside other provisions in the *Criminal Code* authorizing warrantless entry — an important consideration, given that statutory interpretation entails discerning Parliament’s intent by examining the words of a statute in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in harmony with the statute’s schemes and objects (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21). For example, the general provision on warrantless entry by reason of exigent circumstances (s. 487.11) and the provision authorizing warrantless entry to search for and seize firearms or other weapons in exigent circumstances (s. 117.02(1)) contain no statutory definition of “exigent circumstances”. In light of those provisions, there is no good reason to believe that Parliament intended the definition of “exigent circumstances” in s. 529.3(2) of the *Criminal Code* to be read into s. 11(7) of the *CDSA*. I therefore decline the appellant’s invitation to “do by ‘interpretation’ what Parliament chose not to do by enactment” (*Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 53).

[32] All that said, circumstances in which “exigent circumstances” have been recognized have borne close resemblance to the definitional categories in s. 529.3(2). This Court’s jurisprudence considering s. 10 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 (which was repealed and replaced by the *CDSA*), which permitted a peace officer to search a place that was not a dwelling-house without a warrant so long

[31] Je rejette la thèse de l’appelant. L’article 11 de la *LRCDas* ne comporte pas le libellé exprès du par. 529.3(2) du *Code criminel* qui rend la disposition applicable, lorsqu’il s’agit de préserver un élément de preuve, seulement en lien avec un acte *criminel*. Le Parlement, qui s’acquitte de sa fonction législative avec régularité et compétence dans l’exercice de son pouvoir en matière de droit criminel, aurait pu facilement assortir la perquisition sans mandat prévue au par. 11(7) des mêmes conditions que celles énoncées au par. 529.3(2). La décision de s’en abstenir n’a rien d’étonnant lorsque l’on compare le par. 529.3(2) aux autres dispositions du *Code criminel* qui autorisent l’entrée sans mandat. Il s’agit là d’une considération importante, car interpréter une disposition législative revient à rechercher l’intention du législateur par l’examen des termes employés, considérés dans leur contexte global, en suivant le sens grammatical et ordinaire qui s’harmonise avec l’économie de la loi et son objet (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). Par exemple, la disposition générale sur l’entrée sans mandat en raison de l’urgence de la situation (art. 487.11) et celle qui autorise l’entrée sans mandat dans un lieu pour y effectuer une perquisition et saisir des armes à feu ou d’autres armes lorsqu’il y a urgence de la situation (par. 117.02(1)) ne définissent pas l’expression « urgence de la situation ». Au vu de ces dispositions, aucune raison valable ne permet de conclure que le législateur a voulu que l’on recoure au par. 529.3(2) du *Code criminel* pour définir l’« urgence de la situation » visée au par. 11(7) de la *LRCDas*. Je refuse donc, malgré l’invitation de l’appelant en ce sens, à « faire “en interprétant” la loi ce que le législateur a choisi de ne pas faire en l’adoptant » (*Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 53).

[32] Cela dit, l’« urgence de la situation » a été reconnue dans des cas qui s’apparentaient beaucoup à ceux mentionnés dans la définition du par. 529.3(2). Les décisions de la Cour relatives à l’application de l’art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, c. N-1 (abrogée et remplacée par la *LRCDas*), lequel disposait qu’une perquisition pouvait être effectuée sans mandat, sauf dans une maison d’habitation,

as he or she believed on reasonable grounds that a narcotic offence had been committed, is instructive. That provision was held in *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223 (“*Grant 1993*”), to be consistent with s. 8 of the *Charter* if it were read down to permit warrantless searches only where there were exigent circumstances. Such exigent circumstances were then described to exist where there is an “imminent danger of the loss, removal, destruction or disappearance of the evidence if the search or seizure is delayed” (*Grant 1993*, at p. 243; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 153, per L’Heureux-Dubé J., dissenting; and *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 51, per La Forest J., dissenting). Similarly, circumstances in which “immediate action is required for the safety of the police” were also found to qualify as “exigent” (*Feeney*, at para. 52; see also, in respect of searches to preserve officer safety, this Court’s statement in *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, at para. 32, that such searches will be responsive to “dangerous situations created by individuals, to which the police must react ‘on the sudden’”). In *Feeney*, at para. 47, exigency was also said to possibly arise when police officers are in “hot pursuit” of a suspect (see also *R. v. Maccooh*, [1993] 2 S.C.R. 802, at pp. 820-21).

[33] The common theme emerging from these descriptions of “exigent circumstances” in s. 11(7) denotes not merely convenience, propitiousness or economy, but rather *urgency*, arising from circumstances calling for immediate police action to preserve evidence, officer safety or public safety. This threshold is affirmed by the French version of s. 11(7), which reads “*l’urgence de la situation*”.

[34] Even where exigent circumstances are present, however, they are not, on their own, sufficient to justify a warrantless search of a residence under s. 11(7). Those circumstances must render it

lorsque l’agent de la paix croyait, pour des motifs raisonnables, à la perpétration d’une infraction en matière de stupéfiants, est éclairante. Dans l’arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223 (« *Grant 1993* »), la Cour statue que cette disposition respecte l’art. 8 de la *Charte* lorsqu’elle fait l’objet d’une interprétation atténuée de façon à permettre la perquisition sans mandat seulement en situation d’urgence. La Cour opine qu’il y a situation d’urgence lorsqu’il existe « un risque imminent que les éléments de preuve soient perdus, enlevés, détruits ou qu’ils disparaissent si la fouille, la perquisition ou la saisie est retardée » (*Grant 1993*, p. 243; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 153, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, par. 51, le juge La Forest, dissident). De même, elle estime par ailleurs qu’il y a « situation d’urgence quand une action immédiate est requise pour assurer la sécurité des policiers » (*Feeney*, par. 52; voir également, relativement aux fouilles et aux perquisitions visant à assurer la sécurité des policiers, *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, par. 32, où la Cour affirme que ces fouilles et ces perquisitions constituent une réponse « à une situation dangereuse créée par une personne, situation à laquelle les policiers doivent réagir “sous l’impulsion du moment” »). Dans l’arrêt *Feeney*, la Cour ajoute au par. 47 qu’il peut y avoir situation d’urgence lorsqu’un policier prend un suspect « en chasse » (voir également *R. c. Maccooh*, [1993] 2 R.C.S. 802, p. 820-821).

[33] Il appert de ce qui précède que l’« urgence de la situation » dont il est fait mention au par. 11(7) ne renvoie pas seulement à la commodité, à l’opportunité ou à l’économie de temps, mais bien à l’existence de *circonstances pressantes* propres à une situation qui requiert l’intervention immédiate des policiers soit pour préserver la preuve, soit pour assurer la sécurité des policiers ou celle du public. L’expression employée dans la version anglaise du par. 11(7) — *exigent circumstances* — confirme cette interprétation.

[34] Par ailleurs, l’urgence de la situation ne justifie pas à elle seule la perquisition sans mandat d’une résidence sur le fondement du par. 11(7). Elle doit en effet rendre l’obtention d’un mandat



“impracticable” to obtain a warrant. In this regard, I respectfully disagree with the Court of Appeal’s understanding of s. 11(7) as contemplating that the impracticability of obtaining a warrant would itself comprise exigent circumstances. The text of s. 11(7) (“by reason of exigent circumstances it would be impracticable to obtain [a warrant]”) makes clear that the impracticability of obtaining a warrant does not support a finding of exigent circumstances. It is the other way around: exigent circumstances must be shown to make it impracticable to obtain a warrant. In other words, “impracticability”, howsoever understood, cannot justify a warrantless search under s. 11(7) on the basis that it constitutes an exigent circumstance. Rather, exigent circumstances must be shown to cause impracticability.

[35] The appellant says that the requirement of “exigent circumstances” rendering it “impracticable” to obtain a warrant requires, in effect, that such circumstances “leav[e] the police *no choice* but to proceed with entering a dwelling-house”. In other words, he maintains that the “impracticability” of obtaining a warrant should be understood to mean impossibility. Conversely, the Crown submits that a much lower threshold is indicated, such that obtaining a warrant is not “realistic” (whatever that may mean) or “practical”.

[36] While I am not persuaded that the strict condition of impossibility urged by the appellant is denoted by Parliament’s chosen statutory language of impracticab[ility], neither am I satisfied by the Crown’s argument equating impracticability with mere impracticality. Viewed in the context of s. 11(7), however — including its requirement of exigent circumstances — “impracticability” suggests on balance a more stringent standard, requiring that it be impossible in practice or unmanageable to obtain a warrant. The French version of “impracticable” in s. 11(7) — “*difficilement réalisable*” — is

« difficilement réalisable ». À cet égard, je ne puis malheureusement pas convenir avec la Cour d’appel que, pour l’application du par. 11(7), lorsque l’obtention d’un mandat est difficilement réalisable, il y a nécessairement urgence de la situation. Le libellé du par. 11(7) (« lorsque l’urgence de la situation rend [l’]obtention [d’un mandat] difficilement réalisable ») montre clairement que le caractère difficilement réalisable de l’obtention d’un mandat ne permet pas de conclure à l’urgence de la situation. L’urgence de la situation doit plutôt être établie pour que l’obtention d’un mandat puisse être jugée difficilement réalisable. Autrement dit, le caractère « difficilement réalisable », quel que soit le sens de l’expression, ne saurait justifier une perquisition sans mandat en application du par. 11(7) au motif qu’il en découle une urgence de la situation. Il faut plutôt établir que l’urgence de la situation a fait en sorte que l’obtention d’un mandat était difficilement réalisable.

[35] Selon l’appelant, la condition que l’« urgence de la situation » rende l’obtention d’un mandat « difficilement réalisable » commande en effet que [TRADUCTION] « les policiers *n’aient alors d’autre choix* que d’entrer dans une maison d’habitation ». En d’autres termes, il soutient que le caractère « difficilement réalisable » doit s’entendre de l’impossibilité. En revanche, le ministère public fait valoir que le critère applicable est beaucoup moins strict, de sorte que l’obtention d’un mandat ne doit être ni [TRADUCTION] « réaliste » (quoi que cela puisse vouloir dire) ni « pratique ».

[36] Les prétentions de l’appelant ne me convainquent pas que le qualificatif « difficilement réalisable » retenu par le législateur suppose l’application de la condition stricte de l’impossibilité. Celles du ministère public ne me convainquent pas non plus qu’il sera « difficilement réalisable » d’obtenir un mandat de perquisition du seul fait que ce sera « peu pratique ». Cependant, considéré dans le contexte du par. 11(7), dont le critère de l’urgence de la situation, le qualificatif « difficilement réalisable » suppose, tout bien considéré, l’application d’un critère plus strict voulant que l’obtention d’un mandat soit

also consistent with a condition whose rigour falls short of impossibility but exceeds mere impracticability of obtaining a warrant.<sup>3</sup> So understood, then, “impracticable” within the meaning of s. 11(7) contemplates that the exigent nature of the circumstances are such that taking time to obtain a warrant would seriously undermine the objective of police action — whether it be preserving evidence, officer safety or public safety.

[37] In sum, I conclude that, in order for a warrantless entry to satisfy s. 11(7), the Crown must show that the entry was compelled by urgency, calling for immediate police action to preserve evidence, officer safety or public safety. Further, this urgency must be shown to have been such that taking the time to obtain a warrant would pose serious risk to those imperatives.

(2) Was a Warrantless Search Under Section 11(7) Justified in This Case?

[38] The trial judge found that “exigent circumstances” were presented by two factors in this case. First, the police officers had “reasonable grounds to believe that there was a quantity, albeit a small quantity, of a controlled substance in the accused’s apartment” (para. 75). Second, they reasonably

<sup>3</sup> For this reason, I stress that the foregoing interpretation of “impracticable” is directed solely to that term as it is employed in s. 11(7) of the *CDSA* to conditions of a warrantless search thereunder. My consideration of the meaning of “impracticable” here should not be taken as applying to that term as it is employed in other criminal statutory provisions, especially where the French version employs a term other than “*difficilement réalisable*”. For example, s. 184.3(1) of the *Criminal Code* allows telewarrants for intercepting private communications where it would be “impracticable” to appear personally before a justice. The French version of s. 184.3(1) employs not “*difficilement réalisable*” but “*peu commode*”. Similarly s. 487.1(4) of the *Criminal Code*, which requires an information submitted for the obtaining of a telewarrant to include “a statement of the circumstances that make it impracticable for the peace officer to appear personally before a justice”, employs “*peu commode*”.

impossible dans les faits ou inenvisageable. Dans la version anglaise de la disposition, le terme correspondant à « difficilement réalisable » — « *impracticable* » — se concilie également avec l’application d’une condition moins stricte que l’impossibilité mais plus stricte que celle du caractère « peu pratique »<sup>3</sup>. Dans cette optique, le qualificatif employé au par. 11(7) suppose que la nature urgente de la situation est telle que prendre le temps d’obtenir un mandat compromettrait sérieusement l’objectif de l’intervention policière, qu’il s’agisse soit de préserver la preuve, soit d’assurer la sécurité des policiers ou celle du public.

[37] Dès lors, pour que l’entrée sans mandat réponde aux exigences du par. 11(7), le ministère public doit démontrer qu’elle s’imposait en raison du caractère pressant de la situation, que les policiers se devaient d’intervenir sans délai soit pour préserver la preuve, soit pour assurer leur sécurité ou celle du public. De plus, ce caractère pressant doit avoir été tel que prendre le temps d’obtenir un mandat aurait sérieusement compromis ces impératifs.

(2) La perquisition sans mandat effectuée sur le fondement du par. 11(7) était-elle justifiée en l’espèce?

[38] Le juge du procès conclut que l’« urgence de la situation » tenait à deux choses en l’espèce. Premièrement, les policiers avaient [TRADUCTION] « des motifs raisonnables de croire à la présence d’une quantité — quoique minime — d’une substance désignée dans l’appartement de l’accusé » (par. 75).

<sup>3</sup> Je précise toutefois que cette interprétation de l’expression « difficilement réalisable » ne vaut que pour l’application du par. 11(7) de la *LRCDAS* et les conditions auxquelles une perquisition peut être effectuée sans mandat. Elle ne vaut pas pour l’emploi du terme « *impracticable* » dans d’autres dispositions pénales, surtout lorsque la version française du terme est différente. Par exemple, le par. 184.3(1) du *Code criminel* permet d’obtenir un télémandat pour intercepter une communication privée si les circonstances rendent « peu commode » (et non « difficilement réalisable ») pour le demandeur de se présenter devant le juge. De même, le par. 487.1(4) du *Code criminel* exige que la dénonciation présentée en vue d’obtenir un télémandat comporte « un énoncé des circonstances qui rendent peu commode [et non “difficilement réalisable”] pour l’agent de paix de se présenter devant le juge de paix ». Dans ces trois dispositions, le terme correspondant de la version anglaise est « *impracticable* ».

believed “that the controlled substance would be lost, destroyed, or consumed given that they did not intend to arrest the accused for possession of this amount of marihuana and accordingly he would have remained in the apartment” (para. 75 (emphasis added)). Those circumstances, he said (at para. 76, quoting *R. v. Erickson*, 2003 BCCA 693, 192 B.C.A.C. 203, at para. 33) made it impracticable (understood as “something less than impossible and import[ing] a large measure of practicality”) to obtain a warrant, such that the police officers’ actions were justified by s. 11(7). The Court of Appeal, in reaching the same conclusion, noted the appellant’s admission to having marihuana in his residence, that the police had no intention of arresting him but only wanted to seize the roaches and be on their way, and that, had they left the appellant to obtain a warrant, “he could have easily destroyed the roaches” (para. 72).

[39] With respect, the prospect of the appellant destroying roaches which the police officers hoped to seize on a “no case” basis and destroy themselves, with no legal consequences to the appellant whatsoever, did not remotely approach s. 11(7)’s threshold of exigency. No urgency compelled immediate action in order to preserve evidence. Nor, just as importantly, did the circumstances presented by the appellant’s admission to having some partially consumed roaches, coupled with the police officers’ wish to seize them on a no case basis, make it impracticable to obtain a warrant. Inconvenient or impractical, perhaps. But s. 11(7) is not satisfied by mere inconvenience, but *impracticability*. In this case, the police had a practicable option: to arrest the appellant and obtain a warrant to enter the residence and seize the roaches. If, as the Crown says, the situation was not serious enough to arrest and apply for a warrant, then it cannot have been serious enough to intrude into a private residence without a warrant.

[40] There remains the matter of officer safety. As the Court of Appeal observed, Constable Bell’s entry behind Constable Dykeman was motivated out of concern for Constable Dykeman’s safety. Given

Deuxièmement, ils croyaient raisonnablement « que la substance désignée risquait d’être perdue, détruite ou consommée puisque ils ne comptaient pas arrêter l’accusé pour la possession de cette quantité de marihuana, de sorte que ce dernier serait demeuré dans l’appartement » (par. 75 (je souligne)). Le juge indique (au par. 76, citant *R. c. Erickson*, 2003 BCCA 693, 192 B.C.A.C. 203, par. 33) que cette situation a rendu l’obtention d’un mandat difficilement réalisable (à savoir, selon lui, « pas tout à fait impossible et assez pratique »), de sorte que l’intervention des policiers était justifiée au regard du par. 11(7). Arrivant à la même conclusion, la Cour d’appel fait remarquer que l’appellant a admis avoir de la marihuana chez lui, que les policiers ne comptaient pas l’arrêter mais seulement saisir les mégots puis quitter les lieux et que s’ils étaient allés chercher un mandat, [TRADUCTION] « l’appellant aurait pu aisément détruire les mégots » (par. 72).

[39] Soit dit en tout respect, le risque que l’appellant détruise des mégots que les policiers désiraient saisir « sans poursuite » et détruire eux-mêmes, et ce, sans aucune conséquence juridique pour l’appellant, est loin de répondre au critère de l’urgence prévu au par. 11(7). Aucune circonstance pressante ne commandait une intervention immédiate pour préserver la preuve. Qui plus est, les circonstances dans lesquelles l’appellant a reconnu avoir en sa possession quelques mégots en partie consommés, jumelées à la volonté des policiers de saisir ces mégots sans poursuite, n’ont pas non plus rendu l’obtention d’un mandat difficilement réalisable. Obtenir un mandat était peut-être inconvenient ou peu pratique, mais cela ne satisfaisait pas à l’exigence du par. 11(7). En l’espèce, les policiers auraient pu opter pour une mesure réalisable, soit arrêter l’appellant et obtenir un mandat les autorisant à entrer chez lui et saisir les mégots. Si, comme l’affirme le ministère public, la situation n’était pas suffisamment grave pour arrêter l’appellant et obtenir un mandat, elle ne l’était pas non plus pour entrer sans mandat dans une résidence privée.

[40] Reste la question de la sécurité des policiers. Comme le fait remarquer la Cour d’appel, l’agent Bell a suivi l’agent Dykeman à l’intérieur de l’appartement, car il se souciait de la sécurité

the report from C.W.'s mother about the possibility of the appellant having a shotgun, this concern was well-founded. It was not, however, that concern which prompted Constable Dykeman's entry itself. While he testified to his concern for officer safety as well as his fear that the appellant might destroy the roaches, the trial judge saw officer safety (at para. 80) as being "really related to [Constables Dykeman's and Bell's] attempt to carry out the seizure in a less intrusive way". In other words, concern for officer safety did not drive the decision to proceed with warrantless entry; rather, warrantless entry gave rise to concern for officer safety. While Constable Dykeman's concern, like Constable Bell's, was well-founded, it was not the basis for the decision to enter, but the result of the decision to enter. These facts, therefore, do not qualify as exigent circumstances making it impracticable to obtain a warrant, within the meaning of s. 11(7) of the *CDSA*.

[41] It follows that the warrantless entry by the police into the appellant's residence was not authorized by s. 11(7) of the *CDSA*, and infringed his right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search.

### C. *Exclusion of Evidence Under Section 24(2)*

[42] Having come to a different conclusion than the trial judge on the constitutionality of the entry into the appellant's residence, I would not defer to his conclusion regarding exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter* (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 ("*Grant 2009*"), at para. 129).

#### (1) Seriousness of the Charter-Infringing State Conduct

[43] The court's task in considering the seriousness of *Charter*-infringing state conduct is to situate that conduct on a scale of culpability. As this Court explained in *Grant 2009* (at para. 74), "admission of evidence obtained through inadvertent

de son collègue. Étant donné la possibilité évoquée par la mère de C.W. que l'appellant possède un fusil de chasse, la crainte de l'agent était fondée. Toutefois, ce n'est pas cette crainte qui a incité l'agent Dykeman à entrer chez l'appellant. Le policier a en effet témoigné qu'il se souciait de la sécurité de son collègue et qu'il craignait que l'appellant détruise les mégots, mais le juge du procès a estimé que la sécurité des policiers [TRADUCTION] « se rapportait en réalité à la tentative [des agents Dykeman et Bell] d'exécuter la saisie d'une façon moins attentatoire » (par. 80). Autrement dit, la crainte liée à la sécurité des policiers n'est pas à l'origine de la décision d'entrer sans mandat; c'est plutôt l'entrée sans mandat qui a fait naître cette crainte. Bien qu'elles soient fondées, la crainte de l'agent Dykeman et celle de l'agent Bell ne constituaient pas le fondement de la décision d'entrer dans la demeure, mais en étaient plutôt la conséquence. Il ne pouvait donc y avoir, à partir de ces faits, une urgence de la situation qui rendait l'obtention d'un mandat difficilement réalisable au sens du par. 11(7) de la *LRCDS*.

[41] Dès lors, l'entrée sans mandat des policiers chez l'appellant n'était pas autorisée au par. 11(7) de la *LRCDS* et elle a porté atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*.

### C. *Éléments de preuve écartés par application du par. 24(2) de la Charte*

[42] Comme j'arrive à une conclusion différente de celle du juge du procès sur la constitutionnalité de l'entrée des policiers chez l'appellant, je ne défère pas à sa conclusion sur l'exclusion de la preuve par application du par. 24(2) de la *Charte* (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 (« *Grant 2009* »), par. 129).

#### (1) La gravité de l'atteinte de l'État à un droit constitutionnel

[43] Lorsqu'elle apprécie la gravité d'une mesure de l'État qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*, la Cour doit situer cette conduite sur l'échelle de culpabilité. Comme elle l'explique dans *Grant 2009*, « l'utilisation d'éléments de preuve

or minor violations . . . may minimally undermine public confidence in the rule of law”, while “admitting evidence obtained through a wilful or reckless disregard of *Charter* rights will inevitably have a negative effect on the public confidence in the rule of law”. The Crown’s submissions implicitly invoke this distinction, arguing that “the police intended to enter the apartment solely to seize the marihuana, with no ‘ulterior purpose’”.

[44] My colleague Moldaver J. recalls the trial judge’s finding that the police were acting in good faith (para. 66; trial reasons, at para. 79). While “[g]ood faith’ on the part of the police will . . . reduce the need for the court to disassociate itself from the police conduct” (*Grant* 2009, at para. 75), good faith errors must be *reasonable* (*R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 59). This Court has cautioned that negligence in meeting *Charter* standards cannot be equated to good faith (*Grant* 2009, at para. 75). Even where the *Charter* infringement is not deliberate or the product of systemic or institutional abuse, exclusion has been found to be warranted for clear violations of well-established rules governing state conduct (*R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at paras. 24-25).

[45] My colleague also places considerable emphasis (at paras. 78-92) on the seizure having been made on a “no case” basis and, more to the point, on this fact having “played a crucial role in [the lower courts’] determination that the police entry into the appellant’s apartment without a warrant was lawful” (paras. 76 and 80). This, he says, makes this case one of “first impression” (paras. 77 and 88).

[46] The intention to effect a “no case” seizure was indeed mentioned by the trial judge and the Court of Appeal while considering the police officers’ good faith (trial reasons, at para. 79) and the level of intrusiveness of the search, relative to an arrest (C.A. reasons, at paras. 72 and 74). That said,

obtenus par suite de violations mineures ou commises par inadvertance peut ébranler minimalement la confiance du public à l’égard de la primauté du droit », alors que « celle d’éléments de preuve obtenus au mépris délibéré des droits garantis par la *Charte* ou en ne s’en souciant pas aura nécessairement une incidence néfaste sur cette confiance et risquera de déconsidérer l’administration de la justice » (par. 74). Dans ses observations, le ministère public s’en remet implicitement à cette distinction, faisant valoir que [TRADUCTION] « les policiers comptaient entrer dans l’appartement uniquement pour saisir la marihuana et n’avaient pas de “dessein ultérieur” ».

[44] Mon collègue le juge Moldaver rappelle que, selon le juge du procès, les policiers ont agi de bonne foi (par. 66; motifs du juge du procès, par. 79). Certes, « le tribunal aura moins à se dissocier de la conduite de la police lorsque celle-ci a agi de “bonne foi” » (*Grant* 2009, par. 75), mais les erreurs commises de bonne foi doivent être *raisonnables* (*R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 59). La Cour a bien dit qu’il ne peut y avoir de bonne foi en cas de négligence dans l’observation des normes constitutionnelles (*Grant* 2009, par. 75). Même lorsque l’atteinte à un droit garanti par la *Charte* n’est pas le résultat d’un acte délibéré ou d’un abus systémique ou institutionnel, la Cour conclut qu’il est justifié d’écarter la preuve s’il y a eu violation manifeste d’une règle bien établie régissant la conduite de l’État (*R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 24-25).

[45] Mon collègue insiste aussi beaucoup (aux par. 78-92) sur le fait qu’il s’est agi d’une saisie « sans poursuite » et, plus particulièrement, sur le fait que cette caractéristique de la saisie est « cruciale [dans la décision des tribunaux inférieurs de] conclure à la légalité de l’entrée sans mandat des policiers chez l’appelant » (par. 76 et 80). C’est pourquoi, selon lui, nous serions saisis d’une affaire « sans précédent » (par. 77 et 88).

[46] Le juge du procès et la Cour d’appel relèvent effectivement l’intention des policiers d’effectuer une saisie « sans poursuite » lorsqu’ils examinent la bonne foi des policiers (motifs de première instance, par. 79) et le degré de l’atteinte qui a résulté de la perquisition par rapport à celui de l’atteinte qui aurait

neither the trial judge nor the Court of Appeal described it as presenting a novel legal issue, nor was this suggested to us by the Crown. This is unsurprising, and marks my point of respectful departure from my colleague. This is simply not a case of first impression. These police officers were not operating in unknown legal territory: their intention to effect a seizure on a “no case” basis was legally insignificant, in light of the well-established legal principles governing the authority of police to enter a residence without a warrant. The presumptive unreasonableness of warrantless searches, and the high privacy interest attaching to a person’s residence have long been fundamental to our understanding of the proper relationship between citizen and state. And, longstanding judgments of this Court — *Grant* 1993, *Silveira* and *Feeney* — have, in considering the exigency of circumstances prompting warrantless entry, required the Crown to show *urgency*, particularly in the context of the search of a residence. As the Court observed in *Silveira*, at para. 140, “[t]here is no place on earth where persons can have a greater expectation of privacy than within their ‘dwelling-house’.” Similarly, at para. 41, La Forest J. (in dissent, but not on this point) reiterated the high value which the law places upon the security of a home from state intrusion. It is, he said, a “bulwark for the protection of the individual against the state [which] affords the individual a measure of privacy and tranquillity against the overwhelming power of the state”.

[47] No urgency is demonstrated or even suggested by the facts of this appeal. Even accepting, therefore, the Crown’s submission about the absence of an “ulterior purpose”, the nature of the *Charter*-infringing state conduct here was, in my view, and in light of this Court’s prior statements regarding exigent circumstances, sufficiently serious to favour exclusion of the evidence obtained as a result.

résulté d’une arrestation (motifs de la C.A., par. 72 et 74). Cela dit, ni le juge du procès ni la Cour d’appel n’y voient une question de droit inédite, et le ministère public n’allègue pas non plus qu’il s’agit d’une telle question, ce qui n’est guère étonnant. Là réside mon humble désaccord avec mon collègue : il ne s’agit tout simplement pas d’une affaire sans précédent. Les policiers ne sont pas intervenus dans un contexte juridique inconnu : leur intention d’effectuer une saisie « sans poursuite » importait peu en droit compte tenu des principes juridiques bien établis qui régissent le pouvoir des policiers d’entrer sans mandat dans une résidence. Le caractère déraisonnable présumé d’une perquisition sans mandat et l’attente élevée en matière de vie privée d’une personne à l’égard de sa résidence sous-tendent depuis longtemps notre conception des justes rapports entre les citoyens et l’État. Qui plus est, la Cour exige depuis longtemps (voir les arrêts *Grant* 1993, *Silveira* et *Feeney*), en ce qui concerne l’urgence de la situation entraînant une entrée sans mandat, que le ministère public démontre l’existence d’une *situation d’urgence*, spécialement lorsque la perquisition est effectuée dans une résidence. Comme le fait observer la Cour dans l’arrêt *Silveira*, « [i]l n’existe aucun endroit au monde où une personne possède une attente plus grande en matière de vie privée que dans sa “maison d’habitation” » (par. 140). Dans le même ordre d’idées, le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point) rappelle la grande valeur que la loi accorde à la protection de la maison d’une personne contre l’intrusion de l’État (par. 41) : il s’agit selon lui d’« un rempart assurant la protection du particulier contre l’État [qui] procure à l’individu une certaine mesure de vie privée et de tranquillité vis-à-vis du pouvoir atterrifiant de l’État ».

[47] Les faits de la présente affaire ne démontrent pas l’existence de circonstances pressantes ni même ne permettent de tirer une conclusion dans ce sens. Par conséquent, à supposer même que l’on fasse droit à la prétention du ministère public concernant l’absence de quelque [TRADUCTION] « dessein ultérieur », la conduite de l’État qui a intrinsèquement porté atteinte à un droit constitutionnel était, à mon avis et au vu de l’opinion exprimée antérieurement par la Cour sur le critère de l’urgence de la situation, suffisamment grave pour que l’on écarte les éléments de preuve obtenus grâce à elle.

(2) Impact on the Charter-Protected Interests of the Accused

[48] The second inquiry under the s. 24(2) analysis focusses on whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute from the standpoint of society's interest in respect for *Charter* rights. This entails considering the degree to which a *Charter* infringement undermined the *Charter*-protected interest. In this regard, the Court's statement in *Grant 2009* (at para. 76) should be borne in mind:

The impact of a *Charter* breach may range from fleeting and technical to profoundly intrusive. The more serious the impact on the accused's protected interests, the greater the risk that admission of the evidence may signal to the public that *Charter* rights, however high-sounding, are of little actual avail to the citizen, breeding public cynicism and bringing the administration of justice into disrepute.

[49] Where, therefore, the *Charter*-protected interest in privacy is at stake (as it is here), infringements arising from circumstances denoting a "high expectation of privacy" tend to favour exclusion of evidence, while — all other considerations being equal — infringements of lesser interests in privacy will not pull as strongly towards exclusion. As the Court said in *Grant 2009* (at para. 78): "An unreasonable search that intrudes on an area in which the individual reasonably enjoys a high expectation of privacy, or that demeans his or her dignity, is more serious than one that does not."

[50] The Crown acknowledges that the warrantless entry into the appellant's residence was a "relatively serious intrusion", but says that any impact on the appellant's *Charter*-protected interests was "attenuated by the relative brevity and focussed nature of the initial warrantless search", since the police retreated to obtain a warrant after observing the firearm and drugs. While I agree that the decision by police to obtain a warrant before conducting a further search of the appellant's residence prevented a serious impact on the appellant's privacy interest from becoming even more serious, I also

(2) L'incidence sur les droits constitutionnels de l'accusé

[48] Le deuxième examen que commande l'application du par. 24(2) porte sur la déconsidération de l'administration de la justice qui pourrait résulter de l'utilisation des éléments de preuve, sous l'angle de l'intérêt de la société dans le respect des droits garantis par la *Charte*. Il s'agit donc de déterminer le degré auquel l'atteinte a compromis le droit garanti par la *Charte*. Rappelons ce que dit la Cour dans *Grant 2009*, par. 76 :

[L'effet de l'atteinte à un droit constitutionnel] peut être passager ou d'ordre simplement formel comme il peut être profondément attentatoire. Plus il est marqué, plus l'utilisation des éléments de preuve risque de donner à penser que les droits garantis par la *Charte*, pour encensés qu'ils soient, ne revêtent pas d'utilité réelle pour les citoyens, ce qui engendrerait le cynisme et déconsidérerait l'administration de la justice.

[49] Par conséquent, lorsque le droit constitutionnel à la protection de la vie privée est en jeu (comme en l'espèce), l'atteinte qui se produit dans un contexte d'« attente [. . .] élevée en matière de vie privée » milite en faveur de l'exclusion de la preuve alors que, toutes les autres considérations étant par ailleurs égales, l'atteinte dans un contexte d'attente moindre en la matière ne milite pas autant dans ce sens. Comme le dit la Cour dans l'arrêt *Grant 2009* : « La fouille ou perquisition abusive qui est effectuée dans un contexte d'attente raisonnablement élevée en matière de vie privée ou qui porte atteinte à la dignité individuelle est plus grave » (par. 78).

[50] Le ministère public reconnaît que l'entrée sans mandat chez l'appelant a constitué une [TRADUCTION] « atteinte relativement grave », mais il fait valoir que toute incidence sur les droits constitutionnels de l'appelant a été « atténuée par la relative brièveté de la perquisition initiale sans mandat et par la délimitation de son objet » puisque les policiers se sont retirés afin d'obtenir un mandat après avoir constaté la présence de l'arme à feu et des drogues. Je conviens avec lui que la décision des policiers d'obtenir un mandat avant de perquisitionner plus avant la résidence de l'appelant a empêché qu'une

agree with the Crown that this was a “serious intrusion”, “relativ[e]” to other forms of intrusion. It is well settled that “[a]n illegal search of a house will therefore be seen as more serious at this stage of the analysis” (*Grant* 2009, at para. 113). I therefore conclude that the impact of the warrantless entry on the appellant’s rights under s. 8 of the *Charter* was significant. This factor strongly favours exclusion of the evidence.

(3) Society’s Interest in an Adjudication of the Case on Its Merits

[51] It remains to consider the effect of admitting the evidence on the public interest in having a case adjudicated on its merits. This entails considering the reliability of the evidence and its importance to the Crown’s case. On these points, the Crown submits:

Finally, the societal interest in a trial on the merits weighed in favour of admitting the evidence. The exclusion of such highly reliable evidence, essential to the prosecution of serious drug and firearms offences, would exact a heavy toll on the truth seeking function of the trial, and would tend to bring the administration of justice into disrepute.

(R.F., at para. 105)

[52] The charges against the appellant are indisputably serious. Further, I agree with the Crown’s submissions: the evidence seized in the appellant’s residence is highly reliable, and is essential to the Crown’s case against the appellant. This factor strongly supports admitting the evidence, notwithstanding the infringement of the appellant’s s. 8 rights.

(4) The Evidence Should Be Excluded

[53] To summarize, the police conduct, while not egregious, represented a serious departure from well-established constitutional norms. The impact of the

incidence sérieuse sur le droit à la protection de la vie privée ne s’aggrave encore, mais je conviens aussi qu’il s’est agi d’une « atteinte relativement grave » par rapport à d’autres. Il est bien établi qu’« [u]ne perquisition ou une fouille illégale dans un domicile sera donc considérée comme une violation plus grave à ce stade de l’analyse » (*Grant* 2009, par. 113). Je conclus dès lors que l’incidence de l’entrée sans mandat sur les droits de l’appellant garantis par l’art. 8 de la *Charte* était grande, ce qui milite fortement en faveur de l’exclusion des éléments de preuve.

(3) L’intérêt de la société dans l’instruction de l’affaire au fond

[51] Il nous faut encore examiner l’effet de l’utilisation des éléments de preuve sur l’intérêt public lié à l’instruction de l’affaire au fond. Il s’agit donc de se pencher sur la fiabilité des éléments et sur leur rôle dans la preuve exigée du poursuivant. Le ministère public soutient ce qui suit à cet égard :

[TRADUCTION] Enfin, l’intérêt de la société dans l’instruction de l’affaire au fond militait en faveur de l’utilisation des éléments de preuve. Écarter des éléments de preuve d’une si grande fiabilité, essentiels à la poursuite de l’auteur d’infractions graves en matière de drogues et d’armes à feu, compromettrait sérieusement la fonction de recherche de la vérité du procès et pourrait déconsidérer l’administration de la justice.

(m.i., par. 105)

[52] Les accusations portées contre l’appellant sont assurément graves. Aussi, je fais droit aux prétentions du ministère public : les éléments saisis sont d’une grande fiabilité et essentiels à la preuve du poursuivant, un constat qui milite fortement en faveur de leur admission en preuve malgré l’atteinte aux droits de l’appellant garantis à l’art. 8.

(4) Les éléments de preuve devraient être écartés

[53] En résumé, sans être flagrante, la conduite des policiers dénote un écart marqué à une norme constitutionnelle bien établie. L’incidence de l’atteinte aux



s. 8 infringement on the appellant's interests protected thereunder was considerable, intruding into a place in which he was entitled to repose the highest expectation of privacy. But the value of the evidence to deciding the truth of the charges against the appellant is also considerable.

[54] This is a close call. As was observed in *Grant* 2009, at para. 140, “[t]he balancing mandated by s. 24(2) is qualitative in nature and therefore not capable of mathematical precision.” Indeed, because the *Grant* 2009 factors are mutually incommensurable — balancing seriousness of state conduct, seriousness of the infringement of *Charter* rights and the impact upon society's interest in adjudication — the “balancing” will never be an entirely objective exercise. A reviewing court must, however, come to a reasoned conclusion. While the effective destruction of the Crown's case weighs heavily, so does the warrantless entry into a private residence, having occurred to prevent the appellant from destroying three roaches which the police themselves intended to destroy.

[55] In weighing these considerations, my colleague relies on the seriousness of the offence to hold that excluding the evidence will be “far more likely to cause the public to lose faith and confidence in our criminal justice system” (para. 94). This is premised, however, upon a limited view of public confidence which this Court has already rejected. As the Court observed in *Grant* 2009 (at para. 84), “seriousness of the alleged offence . . . has the potential to cut both ways. . . . [W]hile the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high.” The public interest in maintaining a justice system “above reproach” has helpfully been explained by Doherty J.A. in *R. v. McGuffie*, 2016 ONCA 365, 348 O.A.C. 365, at para. 73:

On the one hand, if the evidence at stake is reliable and important to the Crown's case, the seriousness of the

droits de l'appelant garantis à l'art. 8 est considérable puisqu'il y a eu intrusion là où l'appelant avait l'attente la plus élevée quant au respect de sa vie privée. Toutefois, la valeur probante des éléments de preuve aux fins de statuer sur la culpabilité de l'appelant est elle aussi considérable.

[54] Il s'agit d'un cas où il est difficile de trancher. Comme le souligne la Cour dans *Grant* 2009, « [l]a mise en balance requise par le par. 24(2) est de nature qualitative, la précision mathématique est donc impossible » (par. 140). En effet, puisque les facteurs énoncés dans l'arrêt *Grant* 2009 sont incommensurables l'un avec l'autre — il faut en effet soupeser la gravité de la conduite de l'État, la gravité de l'atteinte à un droit constitutionnel et l'incidence sur l'intérêt de la société dans l'instruction de l'affaire au fond —, la « mise en balance » ne constituera jamais une entreprise tout à fait objective. Il faut néanmoins arriver à une conclusion raisonnée. La destruction concrète de la preuve du ministère public pèse fortement dans la balance, mais il en va de même de l'entrée sans mandat dans une résidence privée afin d'empêcher l'appelant de détruire trois mégots que les policiers comptaient de toute façon détruire.

[55] Dans sa mise en balance de ces considérations, mon collègue invoque la gravité de l'infraction pour conclure qu'écarter la preuve est « beaucoup plus susceptible d'amener le public à perdre confiance dans notre système de justice criminelle » (par. 94). Il s'appuie toutefois sur une conception restrictive de la confiance du public que la Cour a déjà rejetée. Dans *Grant* 2009, la Cour signale en effet que « [la gravité de l'infraction] peut jouer dans les deux sens. [ . . . ] [S]i la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond, l'intérêt du public en l'irréprochabilité du système de justice n'est pas moins vital, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales » (par. 84). Dans *R. c. McGuffie*, 2016 ONCA 365, 348 O.A.C. 365, par. 73, le juge Doherty explique de manière éclairante l'intérêt du public dans l'« irréprochabilité » du système de justice :

[TRADUCTION] D'une part, lorsque l'élément considéré est fiable et important quant à la preuve exigée du ministère

charge can be said to enhance society's interests in an adjudication on the merits. On the other hand, society's concerns that police misconduct not appear to be condoned by the courts, and that individual rights be taken seriously, come to the forefront when the consequences to those whose rights have been infringed are particularly serious . . . . [Citations omitted.]

[56] It is therefore important not to allow the third *Grant* 2009 factor of society's interest in adjudicating a case on its merits to trump all other considerations, particularly where (as here) the impugned conduct was serious and worked a substantial impact on the appellant's *Charter* right. In this case, I find that the importance of ensuring that such conduct is not condoned by the court favours exclusion. As Doherty J.A. also said in *McGuffie*, at para. 83, "[t]he court can only adequately disassociate the justice system from the police misconduct and reinforce the community's commitment to individual rights protected by the *Charter* by excluding the evidence. . . . This unpalatable result is the direct product of the manner in which the police chose to conduct themselves."

[57] Having considered these factors separately and together, I am of the view that the evidence obtained as a result of the entry and search of the appellant's residence should be excluded, as its admission would bring the administration of justice into disrepute.

#### IV. Conclusion

[58] In view of my conclusion under s. 24(2), it is unnecessary for me to consider whether a late and incomplete filing of the form 5.2 report could itself have constituted an infringement of s. 8 of the *Charter*, and whether it did so in this case.

[59] I would allow the appeal, set aside the appellant's convictions and enter acquittals.

public, on peut dire de la gravité de l'accusation qu'elle accroît l'intérêt de la société dans l'instruction de l'affaire au fond. D'autre part, le souci de la société de faire en sorte que les tribunaux ne paraissent pas cautionner l'inconduite policière et que les droits individuels soient pris au sérieux passe à l'avant-plan lorsque les conséquences subies par ceux dont les droits ont été bafoués sont particulièrement graves . . . [Références omises.]

[56] Il importe donc de ne pas permettre que le troisième facteur de l'arrêt *Grant* 2009, à savoir l'intérêt de la société dans l'instruction de l'affaire au fond, l'emporte sur toutes les autres considérations, surtout lorsque (comme en l'espèce) la conduite reprochée est grave et a une grande incidence sur un droit constitutionnel de l'appelant. Dans la présente affaire, j'estime que l'importance de faire en sorte que pareille conduite ne soit pas cautionnée par les tribunaux milite en faveur de l'exclusion de la preuve. Comme le dit également le juge Doherty dans *McGuffie*, [TRADUCTION] « le tribunal ne peut dissocier convenablement le système de justice de l'inconduite policière et consolider l'engagement de la collectivité envers les droits individuels que protège la *Charte* qu'en écartant la preuve. [. . .] Ce résultat malheureux est directement imputable à la manière dont les policiers ont décidé de se conduire » (par. 83).

[57] Après examen de ces facteurs séparément puis dans leur ensemble, j'estime qu'il convient d'écartier les éléments de preuve obtenus grâce à l'entrée chez l'appelant et à la perquisition des lieux, car leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

#### IV. Conclusion

[58] Vu ma conclusion relative au par. 24(2), point n'est besoin de décider si le dépôt tardif d'un rapport incomplet rédigé selon la formule 5.2 pourrait constituer en soi une atteinte au droit garanti à l'art. 8 de la *Charte* et si tel a été le cas en l'espèce.

[59] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'inscrire des acquittements.

The reasons of Moldaver and Gascon JJ. were delivered by

[60] MOLDAVER J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Brown and I agree with his analysis and conclusion on the voluntariness issue. I also agree with his finding that the police entry into the appellant’s apartment violated the appellant’s s. 8 privacy rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Respectfully, however, I do not agree with my colleague’s s. 24(2) *Charter* analysis on the admissibility of the firearms and drugs seized by the police from the appellant’s apartment. Those items, in my view, were properly admitted into evidence and I would accordingly dismiss the appeal. In so concluding, like my colleague, I find it unnecessary to decide the issues surrounding the form 5.2 report to the justice, other than to say that even if the late and incomplete filing did constitute a breach of the appellant’s s. 8 *Charter* rights, the breach was inadvertent and had no impact on the appellant’s privacy interest. As such, it could not possibly have tipped the s. 24(2) scales in favour of exclusion.

### I. Background Facts

[61] My colleague has summarized the background facts and I see no need to duplicate his efforts. I do, however, consider it important to identify the specific offences for which the appellant was convicted and the various items of evidence the police seized from his apartment. I also consider it important to refer to the trial judge’s assessment of the police conduct and his findings of fact in this regard.

#### A. *The Offences and Items of Evidence Seized*

[62] The appellant was charged with nine offences, five involving drugs and four involving the illegal possession of handguns. All of the charges

Version française des motifs des juges Moldaver et Gascon rendus par

[60] LE JUGE MOLDAVER — J’ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Brown et je souscris à son analyse ainsi qu’à sa conclusion au sujet du caractère volontaire de la déclaration. Je conviens aussi avec lui que l’entrée des policiers chez l’appellant a porté atteinte au droit de ce dernier à la protection de sa vie privée garanti par l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En revanche, je ne peux malheureusement pas faire mienne son analyse, au regard du par. 24(2) de la *Charte*, de l’admissibilité en preuve des armes à feu et des drogues saisies chez l’appellant. À mon avis, ces objets ont été admis en preuve à juste titre, et je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi. Par ailleurs, à l’instar de mon collègue, j’estime qu’il n’est pas nécessaire de trancher les questions relatives au rapport rédigé selon la formule 5.2 et destiné à un juge de paix, sauf pour signaler que, même si le dépôt tardif d’un rapport incomplet avait effectivement porté atteinte au droit garanti à l’appellant par l’art. 8 de la *Charte*, cette atteinte aurait eu lieu par inadvertance et n’aurait eu aucune incidence sur son intérêt en matière de respect de la vie privée. Pareille atteinte n’aurait donc pu faire pencher la balance de manière à écarter la preuve par application du par. 24(2).

### I. Faits à l’origine du litige

[61] Mon collègue résume les faits à l’origine du pourvoi et je ne vois pas l’utilité de les exposer à mon tour. J’estime toutefois important de revenir sur les infractions précises dont l’appellant a été reconnu coupable, ainsi que sur les divers éléments de preuve que les policiers ont saisis à son appartement. Il me paraît également important de rappeler les observations et les conclusions de fait du juge du procès sur la conduite des policiers.

#### A. *Infractions reprochées et éléments de preuve saisis*

[62] L’appellant a été accusé de neuf infractions, dont cinq en matière de drogues et quatre liées à la possession illégale d’une arme de poing. Les

stem from evidence found in the appellant's apartment.

[63] The evidence relating to the drug charges consists of the following:

- (a) 825 grams of cocaine, valued at \$31,200 on the wholesale market (possession for the purposes of trafficking);
- (b) 200 grams of methamphetamine, valued at \$5,850 on the wholesale market (possession for the purposes of trafficking);
- (c) 9,000 ecstasy pills, valued at \$17,466 on the wholesale market (possession for the purposes of trafficking);
- (d) a small amount of marihuana (simple possession); and
- (e) a small amount of oxycodone (simple possession).

[64] The evidence relating to the gun charges consists of the following:

- (a) a loaded Smith and Wesson 38 special revolver (a prohibited firearm);
- (b) a loaded Ruger P85 9-millimeter semi-automatic pistol (a restricted firearm);
- (c) a loaded Ruger P90 45-calibre semi-automatic pistol (a restricted firearm); and
- (d) a loaded 1M1 Desert Eagle 44-calibre Remington Magnum semi-automatic pistol (a restricted firearm).

[65] In addition to those items, the appellant was found on arrest to have \$4,655 in cash on his person. Another \$30,000 in cash was found in a box located underneath a couch in the living room area. The police also located a bulletproof vest on the same couch.

accusations ont toutes été portées à partir des éléments de preuve recueillis chez lui.

[63] Voici les éléments de preuve à l'origine des accusations en matière de drogues :

- a) 825 grammes de cocaïne d'une valeur de 31 200 \$ sur le marché de gros (possession en vue d'en faire le trafic);
- b) 200 grammes de méthamphétamine d'une valeur de 5 850 \$ sur le marché de gros (possession en vue d'en faire le trafic);
- c) 9 000 comprimés d'ecstasy d'une valeur de 17 466 \$ sur le marché de gros (possession en vue d'en faire le trafic);
- d) une petite quantité de marihuana (possession simple);
- e) une petite quantité d'oxycodone (possession simple).

[64] Voici les éléments de preuve à l'origine des accusations relatives à une arme à feu :

- a) un revolver Smith & Wesson spécial de calibre 38 (arme à feu prohibée), chargé;
- b) un pistolet semi-automatique Ruger P85 9 mm (arme à feu à autorisation restreinte), chargé;
- c) un pistolet semi-automatique Ruger P90 de calibre 45 (arme à feu à autorisation restreinte), chargé;
- d) un pistolet semi-automatique 1M1 Desert Eagle Remington Magnum de calibre 44 (arme à feu à autorisation restreinte), chargé.

[65] Outre ces objets, 4 655 \$ en espèces ont été découverts sur l'appelant lors de son arrestation. Une somme supplémentaire de 30 000 \$ a été trouvée dans une boîte sous un canapé du salon. Un gilet pare-balles se trouvait sur le même canapé.

### B. *Police Conduct*

[66] In the course of his *voir dire* ruling on the admissibility of the evidence seized from the appellant's apartment, the trial judge found that the police were acting in good faith when they entered the appellant's apartment. He specifically rejected the defence's suggestion that their entry into the apartment was a ruse. In his words:

Here, there is no suggestion in the evidence of bad faith or ulterior motive such as might be the case if the stated intention of the police was a mere excuse or ruse to gain entry for the purpose of having a look around. Nothing of that sort was made out on the evidence.

(2011 BCSC 1728, at para. 79 (CanLII))

Rather, the trial judge accepted that the police were engaged in a "no case" seizure, meaning that they simply wanted to retrieve the marihuana roaches and leave, without arresting the appellant or charging him with an offence.

[67] In concluding that the police were acting throughout in good faith, the trial judge observed that in their dealings with the appellant, they conducted themselves in a way which "demonstrated a measure of respect for his privacy rights"; that initially, their entry was "very brief and relatively non-intrusive"; and that once they observed the handgun and ecstasy pills in plain view, "no further search was done (other than a clearing search or searches for officer safety purposes) until a search warrant was sought and obtained" (para. 121). Finally, the trial judge accepted the police evidence that valid safety concerns prevented them from waiting outside the door, in the hallway, while the appellant retrieved the roaches on his own.

### II. Analysis

[68] The warrantless entry by the police into the appellant's apartment in this case is governed by

### B. *Conduite des policiers*

[66] Dans la décision rendue à l'issue du voir-dire sur l'admissibilité des éléments de preuve saisis chez l'appelant, le juge du procès conclut que les policiers ont agi de bonne foi lorsqu'ils sont entrés dans la demeure. Il rejette expressément la thèse de la défense selon laquelle il s'agissait d'une ruse. Voici ce qu'il dit :

[TRADUCTION] Nul élément de la preuve offerte en l'espèce ne permet de conclure à la mauvaise foi ou à quelque dessein ultérieur comme lorsque l'intention déclarée des policiers n'est qu'un prétexte ou une ruse pour s'introduire dans les lieux et y jeter un coup d'œil. La preuve ne permet aucunement de tirer une conclusion en ce sens.

(2011 BCSC 1728, par. 79 (CanLII))

Le juge du procès estime plutôt que les policiers ont entrepris une saisie « sans poursuite », c'est-à-dire qu'ils comptaient seulement recueillir les mégots de marihuana et quitter les lieux sans arrêter l'appelant ou faire porter d'accusations contre lui.

[67] Pour conclure que les policiers ont toujours agi de bonne foi, le juge du procès fait observer que, dans leurs échanges avec l'appelant, ils se sont comportés d'une manière qui [TRADUCTION] « témoignait d'un certain respect pour son droit à la protection de sa vie privée », que, au départ, l'entrée a été « très brève et relativement peu attentatoire » et que, après avoir aperçu l'arme de poing et les comprimés d'ecstasy bien en vue, « ils ont mis fin à la perquisition (sauf pour s'assurer de l'absence d'autres personnes sur les lieux et pour les besoins de leur propre sécurité) afin d'aller demander un mandat » (par. 121). Enfin, le juge du procès ajoute foi aux témoignages des policiers suivant lesquels des préoccupations valables liées à la sécurité les empêchaient d'attendre dans le couloir, à l'extérieur, devant la porte, le temps que l'appelant récupère lui-même les mégots de marihuana.

### II. Analyse

[68] En l'espèce, l'entrée sans mandat des policiers chez l'appelant est régie par le par. 11(7) de la

s. 11(7) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“*CDSA*”). That provision states:

(7) A peace officer may exercise any of the powers described in subsection (1), (5) or (6) without a warrant if the conditions for obtaining a warrant exist but by reason of exigent circumstances it would be impracticable to obtain one.

(7) L’agent de la paix peut exercer sans mandat les pouvoirs visés aux paragraphes (1), (5) ou (6) lorsque l’urgence de la situation rend son obtention difficilement réalisable, sous réserve que les conditions de délivrance en soient réunies.

[69] It is uncontroversial that the police had lawful authority to seize the roaches and that the conditions for obtaining a warrant existed. The lawfulness of the police entry without a warrant and the admissibility of the seized evidence under s. 24(2) of the *Charter* are the central issues in this appeal.

[70] The lawfulness of the police entry hinges on whether the requirements of “exigent circumstances” and “impracticab[ility]” were satisfied. Contrary to the findings of the trial judge and three judges of the British Columbia Court of Appeal (2015 BCCA 205, 372 B.C.A.C. 148), Justice Brown finds, and I agree, that these requirements were not met and the police entry into the appellant’s apartment breached his s. 8 privacy rights. In so concluding, however, my colleague finds that the police entry was not just unlawful; he says that they knew or should have known as much — in other words, the police should have known what the trial judge and three judges of the Court of Appeal did not know.

[71] My colleague then turns to s. 24(2) of the *Charter* and finds that the police conduct in breaching the appellant’s s. 8 rights was so serious, and the impact on his privacy interests so great, that the administration of justice would be brought into disrepute if the guns and drugs and other evidence seized by the police were to be admitted into evidence — this, despite the strong findings of the trial judge,

*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« *LRCIDAS* »), dont voici le libellé dans ses versions française et anglaise :

(7) L’agent de la paix peut exercer sans mandat les pouvoirs visés aux paragraphes (1), (5) ou (6) lorsque l’urgence de la situation rend son obtention difficilement réalisable, sous réserve que les conditions de délivrance en soient réunies.

(7) A peace officer may exercise any of the powers described in subsection (1), (5) or (6) without a warrant if the conditions for obtaining a warrant exist but by reason of exigent circumstances it would be impracticable to obtain one.

[69] Nul ne conteste que les policiers avaient le pouvoir légal de saisir les mégots et que les conditions de délivrance d’un mandat étaient réunies. La légalité de l’entrée sans mandat et l’admissibilité de la preuve saisie au regard du par. 24(2) de la *Charte* forment l’axe central du pourvoi.

[70] La légalité de l’entrée des policiers tient au respect des critères qui correspondent à l’« urgence de la situation » et au caractère « difficilement réalisable ». Contrairement à ce que concluent le juge du procès et les trois juges de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2015 BCCA 205, 372 B.C.A.C. 148), le juge Brown estime — et j’en conviens avec lui — que ces critères n’ont pas été respectés et que l’entrée des policiers a porté atteinte au droit de l’appelant à la protection de sa vie privée garanti par l’art. 8. Toutefois, pour arriver à sa conclusion, mon collègue affirme non seulement que l’entrée était illégale, mais aussi que les policiers savaient ou auraient dû savoir qu’elle l’était, autrement dit qu’ils auraient dû savoir ce qu’ignoraient le juge du procès et les trois juges de la Cour d’appel.

[71] Mon collègue se penche ensuite sur le par. 24(2) de la *Charte* et conclut que les actes des policiers ayant porté atteinte au droit garanti à l’appelant par l’art. 8 ont été à ce point graves et que l’incidence sur son intérêt en matière de respect de la vie privée a été à ce point importante que l’administration de la justice serait susceptible d’être déconsidérée si les armes et les drogues, ainsi que les

which no one challenges, that the police were acting in good faith throughout and that their conduct was designed to spare the appellant the trouble of being arrested for a few roaches of marihuana that they intended to seize on a “no case” basis.

[72] I see this matter very differently than my colleague. The function of this Court, in a case like the present one, is to clarify the law so that police officers, defence and Crown counsel, trial and appellate judges and the public at large can know what the law is and how it is to be applied in future cases. It is not to judge the police conduct against a standard that exceeds the wisdom and training of experienced trial and appellate judges.

[73] In an effort to clarify the law, I accept that s. 11(7) of the *CDSA* was not available to the police on the facts of this case. Rather, in the circumstances, the police had three options available to them. They could have (1) tried to obtain the appellant’s lawful consent to enter his apartment and seize the roaches; (2) arrested the appellant and obtained a warrant to search his apartment and seize the roaches; or (3) thrown up their hands and walked away, in dereliction of their duty to seize illicit drugs, even if only to catalogue and destroy them.

[74] That said, in my respectful view, it is hardly fair to castigate the police for their conduct when prior to this case, the legal boundaries of s. 11(7) in the context of a “no case” seizure were at best unclear. One need only look to the lower court decisions to realize this.

[75] Justice Brown takes a different view. He does not accept that the “no case” component added any novelty to the legal analysis of s. 11(7). In his view, the police “were not operating in unknown legal territory” (para. 46). According to my colleague (para. 39):

autres éléments saisis par les policiers, étaient admis en preuve, et ce, malgré les conclusions catégoriques du juge du procès — que nul ne conteste — selon lesquelles les policiers ont toujours agi de bonne foi et voulu éviter à l’appelant une arrestation pour quelques mégots de marihuana qu’ils comptaient saisir « sans poursuite ».

[72] Je considère l’affaire sous un angle bien différent. Dans ce genre de dossier, il incombe à la Cour de clarifier le droit applicable afin que policiers, avocats de la défense, procureurs de la Couronne, juges de première instance et d’appel, de même que citoyens en général, puissent savoir quel est le droit applicable et comment il s’appliquera à l’avenir. Il ne lui appartient pas de juger la conduite des policiers à l’aune d’une norme qui échappe au discernement et aux connaissances de juges de première instance et d’appel chevronnés.

[73] Pour les besoins de la clarification du droit applicable, je concède que les policiers ne pouvaient se prévaloir du par. 11(7) de la *LRCDA*s au vu des faits de l’espèce. Trois possibilités s’offraient en fait à eux : (1) tenter d’obtenir le consentement légal de l’appelant à ce qu’ils entrent chez lui et saisissent les mégots, (2) arrêter l’appelant et obtenir un mandat les autorisant à perquisitionner chez lui et saisir les mégots ou (3) abandonner la partie et quitter les lieux, et manquer ainsi à leur devoir de saisir une substance illicite, ne serait-ce que pour la consigner puis la détruire.

[74] Cela dit, il est à mon humble avis injuste de blâmer la conduite des policiers alors que, jusqu’à ce que la Cour se prononce aujourd’hui, les paramètres d’application du par. 11(7) dans le cas d’une saisie « sans poursuite » étaient au mieux flous. Il suffit de consulter les décisions des tribunaux inférieurs pour le constater.

[75] Le juge Brown adopte un point de vue différent. Il ne considère pas que le recours à une saisie « sans poursuite » conférerait quelque nouveauté à l’analyse juridique que commande le par. 11(7). Selon lui, les policiers « ne sont pas intervenus dans un contexte juridique inconnu » (par. 46). Il ajoute :

... the prospect of the appellant destroying roaches which the police officers hoped to seize on a “no case” basis and destroy themselves, with no legal consequences to the appellant whatsoever, did not remotely approach s. 11(7)’s threshold of exigency. [Emphasis added.]

[76] I cannot accept my colleague’s assessment. It involves hindsight reasoning on a matter of some complexity — the interpretation of s. 11(7) in the context of a “no case” seizure — and does a disservice to the reasoning of the lower courts in which the “no case” component played a crucial role in their determination that the police entry into the appellant’s apartment without a warrant was lawful.

[77] That the lower courts focused on the “no case” component comes as no surprise. To my knowledge, this is the first case in which a court has been called upon to interpret s. 11(7) in the context of a “no case” seizure. In other words, it is a case of first impression. Just as this Court is now tasked, for the first time, with determining the meaning and application of the words “exigent circumstances” and “impracticable” in the context of a “no case” seizure under s. 11(7), so too were the lower courts. And as I will explain, their decisions, though ultimately found by this Court to be in error, were both thoughtful and carefully reasoned.

#### A. *Reasons of the Trial Judge*

[78] In concluding that the Crown had made out a case for exigent circumstances, the trial judge reviewed several authorities from the British Columbia Court of Appeal and interpreted the words “exigent circumstances” in terms that closely approximate the interpretation my colleague ascribes to them. The trial judge then explained why, in his view, exigent circumstances existed on the facts of this case (para. 75):

... in the case at bar the police had: (1) reasonable grounds to believe that there was a quantity, albeit a small quantity, of a controlled substance in the accused’s apartment, based on the smell detected when he opened a door as well as his admission, and thus they had grounds

... le risque que l’appellant détruise des mégots que les policiers désiraient saisir « sans poursuite » et détruire eux-mêmes, et ce, sans aucune conséquence juridique pour l’appellant, est loin de répondre au critère de l’urgence prévu au par. 11(7). [Je souligne; par. 39.]

[76] Je ne peux souscrire à l’analyse de mon collègue. Il recourt à un raisonnement a posteriori sur un sujet qui revêt une certaine complexité, à savoir l’interprétation du par. 11(7) dans le cas d’une saisie « sans poursuite », et il met à mal le raisonnement des tribunaux inférieurs dans lequel la caractéristique « sans poursuite » de la saisie est cruciale pour conclure à la légalité de l’entrée sans mandat des policiers chez l’appellant.

[77] Il n’est pas étonnant que les tribunaux inférieurs mettent l’accent sur la caractéristique « sans poursuite » de la saisie. Pour autant que je sache, c’est la première fois qu’une cour de justice était appelée à interpréter le par. 11(7) en lien avec une saisie « sans poursuite ». Autrement dit, il s’agit d’une affaire sans précédent. Les tribunaux inférieurs devaient, de même que la Cour aujourd’hui, se prononcer pour la première fois sur la signification et l’application des expressions « urgence de la situation » et « difficilement réalisable » employées au par. 11(7) dans le cas d’une saisie « sans poursuite ». Et comme je l’explique plus loin, leurs décisions sont à la fois réfléchies et bien étayées même si la Cour les juge aujourd’hui erronées.

#### A. *Motifs du juge du procès*

[78] Pour conclure que le ministère public a établi l’urgence de la situation, le juge du procès examine quelques arrêts de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique et attribue à l’expression « urgence de la situation » une signification assez semblable à celle que retient mon collègue. Voici comment il explique ensuite que, selon lui, il y avait urgence de la situation au vu des faits de l’espèce :

[TRADUCTION] ... dans la présente affaire, les policiers (1) avaient des motifs raisonnables de croire à la présence d’une quantité — quoique minime — d’une substance désignée dans l’appartement de l’accusé, en raison de l’odeur remarquée à l’ouverture d’une porte



to obtain a search warrant; and (2) there was a reasonable basis for their belief that the controlled substance would be lost, destroyed or consumed given that they did not intend to arrest the accused for possession of this amount of marihuana and accordingly he would have remained in the apartment. I am therefore satisfied that the requirement for “exigent circumstances” is met. [Emphasis added.]

[79] The trial judge next considered the impracticability of obtaining a warrant in these circumstances. Following *R. v. Erickson*, 2003 BCCA 693, 192 B.C.A.C. 203, he defined the word “impracticable” as “something less than impossible [that] imports a large measure of practicality, what may be termed common sense” (para. 76, citing *Erickson*, at para. 33). He then stated the following, at para. 77:

... I conclude that by reason of the exigent circumstances in this case, it was impracticable to obtain a search warrant such that seizure of the controlled substance under s. 11(7) of the *CDSA* was justified.

[80] As can be seen, the “no case” component played a crucial role in the trial judge’s determination that exigent circumstances existed, making it impracticable for police to obtain a warrant before entering the appellant’s apartment. To characterize it as being insignificant to the resolution of the legal issues in this case, as my colleague does, is to ignore the trial judge’s explicit reasoning to the contrary.

#### B. *Reasons of the Court of Appeal*

[81] Nor does my colleague’s characterization conform with the reasoning of the Court of Appeal. Like the trial judge, the Court of Appeal was alive to the meaning of “exigent circumstances” and “impracticable”. Indeed, in defining “exigent circumstances”, the court referred to and quoted from two of the three authorities which my colleague identifies as governing — *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, and *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13.

et de l’aveu de l’accusé, de sorte qu’ils disposaient de motifs pour obtenir un mandat de perquisition, et ils (2) avaient la croyance raisonnablement fondée que la substance désignée risquait d’être perdue, détruite ou consommée puisque ils ne comptaient pas arrêter l’accusé pour la possession de cette quantité de marihuana, de sorte que ce dernier serait demeuré dans l’appartement. Je suis donc convaincu que les conditions auxquelles il y a « urgence de la situation » sont réunies. [Je souligne; par. 75.]

[79] Le juge se penche ensuite sur le caractère difficilement réalisable de l’obtention d’un mandat dans les circonstances. Inspirée de l’arrêt *R. c. Erickson*, 2003 BCCA 693, 192 B.C.A.C. 203, sa définition de « difficilement réalisable » correspond à [TRADUCTION] « pas tout à fait impossible et assez pratique, qui relève du bon sens » (par. 76, citant *Erickson*, par. 33). Voici ce qu’il ajoute au par. 77 :

[TRADUCTION] ... j’arrive à la conclusion que, vu l’urgence de la situation en l’espèce, l’obtention d’un mandat de perquisition était difficilement réalisable, si bien que la saisie de la substance désignée en application du par. 11(7) de la *LRCDA*s était justifiée.

[80] On constate que la caractéristique « sans poursuite » de la saisie joue un rôle crucial dans la conclusion du juge du procès selon laquelle il y avait urgence de la situation et celle-ci rendait difficilement réalisable l’obtention d’un mandat par les policiers avant d’entrer chez l’appelant. Dire que cette caractéristique est sans importance pour trancher les points de droit en l’espèce comme le fait mon collègue revient à faire fi du raisonnement explicite du juge à l’effet contraire.

#### B. *Motifs de la Cour d’appel*

[81] Les propos de mon collègue ne se concilient pas non plus avec le raisonnement de la Cour d’appel. Comme le juge du procès, la Cour d’appel s’interroge sur la signification des expressions « urgence de la situation » et « difficilement réalisable ». De fait, pour définir la première, elle invoque et cite deux des trois arrêts que mon collègue juge incontournables, soit *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, et *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

[82] In endorsing the trial judge’s finding that exigent circumstances existed on the facts of this case, the Court of Appeal considered the appellant’s submission that by taking the approach they did, the police artificially created their own exigent circumstances and impracticability. In rejecting that submission, the court quoted from para. 232 of *R. v. M. (N.)* (2007), 223 C.C.C. (3d) 417 (Ont. S.C.J.), in which Hill J. catalogued all of the leading authorities, including *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, to which my colleague refers, dealing with situations of artificial urgency created by the police.

[83] The Court of Appeal then turned its attention to the existence of exigent circumstances and at para. 72, endorsed the trial judge’s finding as follows:

As there were clearly grounds to arrest Mr. Paterson and obtain a warrant, I turn to s. 11(7) of the *CDSA*. In analyzing whether the trial judge correctly concluded that s. 11(7) of the *CDSA* applied, I start with the question of whether there were exigent circumstances. In my view, clearly there were. The police smelled marihuana and Mr. Paterson admitted having marihuana in the premises. Mr. Paterson was in the premises, and the police had no intention of arresting him. I note, parenthetically, that the trial judge was alive to the possibility that the police were creating a situation so they could enter the apartment without a warrant, and found that they had not done so. He accepted their evidence that they only wanted to seize the “roaches”, and then would be on their way in a “no case” seizure. Had they left Mr. Paterson to obtain a warrant, he could have easily destroyed the roaches. [Emphasis added.]

As is apparent, the “no case” component played a central role in the court’s “exigent circumstances” analysis.

[84] The Court of Appeal next considered the issue of impracticability, which it defined in accordance with its decision in *Erickson*. The court

[82] Se rangeant à l’avis du juge du procès selon lequel il y avait urgence de la situation au vu des faits de l’espèce, la Cour d’appel examine la thèse de l’appelant selon laquelle les policiers, en agissant comme ils l’ont fait, ont créé de toutes pièces une urgence de la situation et rendu l’obtention d’un mandat difficilement réalisable. Elle rejette la prétention en s’appuyant sur la décision *R. c. M. (N.)* (2007), 223 C.C.C. (3d) 417 (C.S.J. Ont.), dans laquelle le juge Hill répertorie (au par. 232) tous les arrêts de principe, dont *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, auquel renvoie d’ailleurs mon collègue, qui portent sur des situations pressantes créées de toutes pièces par les policiers.

[83] Puis, la Cour d’appel se demande s’il y avait urgence de la situation et, au par. 72, elle fait sienne la conclusion du juge du procès :

[TRADUCTION] Comme il existait nettement des motifs d’arrêter M. Paterson et d’obtenir un mandat, j’examine maintenant le par. 11(7) de la *LRCDAS*. Pour décider de la justesse de la conclusion du juge du procès selon laquelle le par. 11(7) de la *LRCDAS* s’appliquait, je me demande d’abord s’il y avait urgence de la situation. À mon avis, il y en avait assurément une. Les policiers avaient perçu une odeur de marihuana, et M. Paterson avait reconnu avoir de la marihuana chez lui. M. Paterson se trouvait dans l’appartement, et les policiers ne comptaient pas l’arrêter. Je signale incidemment que le juge du procès est conscient de la possibilité que les policiers aient pu créer une situation qui leur aurait permis d’entrer dans l’appartement sans mandat et qu’il conclut que tel n’a pas été le cas. Il ajoute foi à leurs témoignages selon lesquels ils voulaient seulement saisir les « mégots » puis, s’agissant d’une saisie « sans poursuite », quitter les lieux. S’ils étaient allés chercher un mandat tandis que M. Paterson demeurait sur place, ce dernier aurait pu aisément détruire les mégots. [Je souligne.]

Il est donc manifeste que la caractéristique « sans poursuite » de la saisie a joué un rôle central dans l’analyse de la Cour d’appel relative à l’« urgence de la situation ».

[84] La Cour d’appel se penche ensuite sur l’expression « difficilement réalisable », qu’elle définit conformément à sa décision dans l’affaire *Erickson*.

then returned to the import of the “no case” seizure and made the following significant observation at para. 74:

In this case, the police would have had to arrest Mr. Paterson, a much greater interference with his liberty rights, and obtain a warrant to seize the roaches. The police weighed these options, and concluded that it was not practical (in my words) to take those steps for what they believed would be a “no case” seizure. In these circumstances, the trial judge concluded that it was impracticable to obtain a warrant, and there is no basis to interfere with this finding. [Emphasis added.]

[85] In other words, according to the Court of Appeal, in proceeding as they did, the police weighed their options in the context of a “no case” seizure — (1) arrest the appellant; or (2) enter his apartment without a warrant for a very limited and narrow purpose — and chose the second option which in their view, was less intrusive and more respectful of the appellant’s *Charter* rights than the first.

C. *The Admissibility of the Evidence Under Section 24(2)*

[86] In the face of these observations by British Columbia’s highest court, I cannot accept my colleague’s position that the “no case” component added nothing new to the legal analysis. And that brings me to the feature of this case — legal uncertainty — which I consider to be crucial in assessing whether the conduct of the police here was so serious and so intrusive of the appellant’s privacy rights that the drugs and loaded firearms located in the appellant’s apartment should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* on the basis that their admission would bring the administration of justice into disrepute.

[87] By way of prelude, I accept that the police entry into the apartment was unlawful. To put the matter succinctly, there was no immediate risk of the roaches being destroyed that the police could not have prevented without resorting to a warrantless entry into the appellant’s apartment. In other

Puis elle revient sur la portée de la saisie « sans poursuite » pour formuler une remarque importante:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, les policiers auraient été contraints d’arrêter M. Paterson, ce qui aurait plus porté atteinte à ses droits à la liberté, puis d’obtenir un mandat les autorisant à saisir les mégots. Ils ont soupesé ces possibilités et conclu qu’il s’agissait d’une démarche peu pratique (ce terme est le mien) dans le cadre de ce qui devait constituer — croyaient-ils — une saisie « sans poursuite ». Le juge du procès en conclut que l’obtention d’un mandat était difficilement réalisable, et rien ne justifie d’écarter sa conclusion. [Je souligne; par. 74.]

[85] En d’autres termes, la Cour d’appel estime que, en agissant comme ils l’ont fait, les policiers ont soupesé les possibilités qui s’offraient à eux dans le cas d’une saisie « sans poursuite » — (1) arrêter l’appelant ou (2) entrer chez lui sans mandat à une fin bien circonscrite — et retenu la seconde, qui leur paraissait moins attentatoire et plus respectueuse des droits constitutionnels de l’appelant que la première.

C. *L’admissibilité de la preuve au regard du par. 24(2)*

[86] Au vu de ces observations du plus haut tribunal de la Colombie-Britannique, je ne saurais convenir avec mon collègue que la caractéristique « sans poursuite » de la saisie n’ajoute aucun élément de nouveauté à l’analyse juridique. Je passe donc à la particularité du présent dossier — l’incertitude juridique — qui me paraît cruciale pour décider si la conduite des policiers a été si grave et si attentatoire au droit de l’appelant à la protection de sa vie privée qu’il faut écarter par application du par. 24(2) de la *Charte* la preuve constituée des drogues et des armes à feu chargées trouvées chez lui au motif que son admission serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[87] Je reconnais d’emblée que l’entrée des policiers chez l’appelant était illégale. Pour le dire en peu de mots, il n’y avait pas de risque immédiat de destruction des mégots auquel les policiers ne pouvaient faire obstacle sans recourir à une entrée sans mandat. En d’autres termes, il n’existait pas

words, exigent circumstances did not exist. In my view, the word “exigent” connotes urgency — nothing more — and there was no genuine urgency here. The police could have arrested the appellant and obtained a warrant to search his premises. While proceeding that way would have been inconvenient and involved an intrusion of some significance on the appellant’s liberty interest — particularly when this was a “no case” seizure in which the police did not intend to charge the appellant — inconvenience and the anticipated loss of liberty occasioned by it cannot convert non-exigent circumstances into exigent circumstances. As stated earlier, the police had three options available to them in the circumstances: (1) seek the appellant’s lawful consent to enter the apartment and seize the roaches; (2) arrest the appellant and obtain a search warrant; or (3) forget about the roaches and walk away, in dereliction of their duty to seize illicit drugs, even if only to catalogue and destroy them.

[88] That said, I do not find the legal analysis of exigency under s. 11(7) in the context of a “no case” seizure to be straightforward or obvious at all. In this regard, I have gone to some length to show how the “no case” component figured prominently in the decisions of the trial judge and the Court of Appeal — and understandably so. As indicated, this a case of first impression. The law was unsettled at the time the police entered the apartment. One only need compare this Court’s analysis of it with that of the lower courts to realize this.

[89] My colleague disagrees. He says this case is not one of first impression. It posed no new legal issues. The police were not acting in “unknown legal territory” (para. 46). They were well aware of the legal principles that governed their entry into a residence in the context of a “no case” seizure — and, in entering the appellant’s apartment without a warrant, they either wilfully breached those well-settled principles or ignored them (paras. 45-46). He further maintains that the “no case” component

d’urgence de la situation. Selon moi, le mot « urgence » suppose l’existence de circonstances pressantes, sans plus, et il n’y en avait pas vraiment en l’espèce. Les policiers auraient pu arrêter l’appelant puis obtenir un mandat autorisant la perquisition de son appartement. La démarche aurait certes été peu commode et emporté une atteinte d’une certaine importance au droit de l’appelant à la liberté, d’autant plus qu’il devait s’agir d’une saisie « sans poursuite » et que les policiers ne comptaient pas faire porter d’accusations contre l’appelant. Cependant, le caractère peu commode de la démarche et la privation de liberté qui en aurait découlé ne sauraient donner lieu à une urgence de la situation alors qu’il n’y en a pas. Rappelons que trois possibilités s’offraient aux policiers dans les circonstances : (1) demander à l’appelant de consentir légalement à ce qu’ils entrent chez lui et saisissent les mégots, (2) arrêter l’appelant puis obtenir un mandat de perquisition ou (3) laisser tomber et partir sans les mégots, et manquer ainsi à leur devoir de saisir une substance illicite, ne serait-ce que pour la consigner puis la détruire.

[88] Cela dit, l’analyse juridique de la notion d’urgence pour les besoins du par. 11(7) dans le cas d’une saisie « sans poursuite » ne me paraît pas du tout simple ou évidente. Je me suis d’ailleurs attaché à démontrer comment la caractéristique « sans poursuite » de la saisie occupe une grande place dans la décision du juge du procès et dans celle de la Cour d’appel, ce qui est d’ailleurs fort compréhensible. Je le répète, il s’agit d’une affaire sans précédent. Le droit applicable n’était pas établi lorsque les policiers sont entrés chez l’appelant. Il suffit pour s’en rendre compte de comparer l’analyse que notre Cour en fait avec celles qu’en font les tribunaux inférieurs.

[89] Mon collègue n’est pas d’accord. Il estime qu’il ne s’agit pas d’une affaire sans précédent. Aucune question de droit inédite ne se pose. Les policiers ne sont pas intervenus dans un « contexte juridique inconnu » (par. 46). Ils étaient bien au fait des principes juridiques qui régissaient leur entrée dans un lieu d’habitation pour y effectuer une saisie « sans poursuite » et, en s’introduisant chez l’appelant sans mandat, ils ont soit délibérément manqué à ces principes bien établis, soit fait abstraction de

did not feature prominently in the legal analysis which led the trial judge and the Court of Appeal to find that the police entry was lawful. Rather, both courts merely “mentioned” it “while considering the police officers’ good faith . . . and the level of intrusiveness of the search, relative to an arrest” (para. 46 (citation omitted)). Like the police, they too were perfectly aware of the governing law, which was both clear and settled.

[90] In the case of the police, my colleague relies on this line of reasoning to show that their misconduct was very serious — that they knew or should have known that they had no authority to enter the appellant’s apartment without a warrant, and yet they did so in wanton or reckless disregard of his privacy rights. What he does not, and cannot explain, is why the lower courts, also well versed in the settled law, failed to apply it.

[91] The answer, in my respectful view, is plain. The law governing a “no case” seizure in the context of s. 11(7) was not clear and settled and the decisions of the trial judge and the Court of Appeal attest to this. They show, clearly and decisively, that both courts placed considerable emphasis on the “no case” component in determining that the police entry into the appellant’s apartment was lawful. Much as my colleague contends otherwise, he can point to no authority that even addresses the “no case” component in this context, let alone one that supposedly settles the law.

[92] In sum, contrary to my colleague’s assessment, this case highlights the uncertainty as to the meaning of “exigent circumstances” and “impracticable” under s. 11(7) in the context of a “no case” seizure. I emphasize this uncertainty because over the past number of years, this Court has consistently held that legal uncertainty is a factor which a court may take into account in assessing the seriousness

ceux-ci (par. 45-46). Il ajoute que la caractéristique « sans poursuite » de la saisie n’occupe pas une grande place dans l’analyse juridique qui amène le juge du procès et la Cour d’appel à conclure à la légalité de l’entrée des policiers. Les deux tribunaux la « relèvent » plutôt, sans plus, « lorsqu’ils examinent la bonne foi des policiers [. . .] et le degré de l’atteinte qui a résulté de la perquisition par rapport à celui de l’atteinte qui aurait résulté d’une arrestation » (par. 46 (référence omise)). Comme les policiers, ils connaissaient parfaitement la teneur du droit applicable, lequel était clair et établi.

[90] En ce qui concerne les policiers, mon collègue s’appuie sur ce raisonnement pour montrer le caractère gravissime de leur conduite : ils savaient ou auraient dû savoir qu’ils ne pouvaient entrer chez l’appelant sans mandat et ils sont quand même entrés chez lui en faisant preuve d’une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de son droit à la protection de sa vie privée. Toutefois, il n’explique pas (et ne peut expliquer) que les tribunaux inférieurs, qui étaient aussi très au fait du droit établi, n’ont pas appliqué celui-ci.

[91] Soit dit en tout respect, la raison en est simple. Le droit applicable à une saisie « sans poursuite » dans le contexte de l’application du par. 11(7) n’était ni clair ni établi. Les décisions du juge du procès et de la Cour d’appel en font foi. Elles montrent de manière claire et concluante que les deux tribunaux accordent une grande importance à la caractéristique « sans poursuite » de la saisie pour conclure à la légalité de l’entrée des policiers chez l’appelant. Malgré ses prétentions à l’effet contraire, mon collègue ne peut citer à l’appui une seule décision portant ne serait-ce que sur la caractéristique « sans poursuite » d’une saisie en pareil contexte, encore moins une décision qui établirait le droit applicable.

[92] Ainsi, contrairement à ce que conclut mon collègue, la présente affaire fait ressortir la signification incertaine des expressions « urgence de la situation » et « difficilement réalisable » employées au par. 11(7) dans le cas d’une saisie « sans poursuite ». J’insiste sur cette incertitude, car ces dernières années, notre Cour a statué avec constance que les tribunaux peuvent tenir compte de l’incertitude

of a *Charter* breach occasioned by police conduct. Where the law is evolving or in a state of uncertainty, and where the police are found to have acted in good faith, without ignorance or wilful or flagrant disregard of an accused's *Charter* rights, the seriousness of the breach may be attenuated: see *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at paras. 86-89; *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408, at para. 50; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 69 and 71; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 77; and *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at paras. 93-95.

[93] That describes to a tee the situation here. The seriousness of the breach is, in my view, clearly attenuated by the uncertainty surrounding the interpretation of s. 11(7) of the *CDSA* in the context of a “no case” seizure, and the strong findings of the trial judge that the police were acting in good faith throughout.

[94] And once the seriousness of the police conduct is properly situated and aligned with the unquestioned reliability of the evidence seized and society's interest in having the case tried on the merits, in my respectful view, the s. 24(2) analysis shifts in favour of admitting the impugned evidence. The police, acting in good faith, made a mistake about their authority to enter the appellant's apartment under the auspices of s. 11(7) in a “no case” seizure — the same mistake that both the trial judge and the British Columbia Court of Appeal made. In these circumstances, I fail to see how the admission of the evidence found in the appellant's apartment would cause the public to lose faith in the criminal justice system and bring the administration of justice into disrepute. If anything, it is the exclusion of reliable and crucial evidence implicating the appellant in very serious gun and drug offences that is far more likely to cause the public to lose faith and confidence in our criminal justice system.

[95] In so concluding, I do not question that the police entry into the appellant's apartment had a

juridique lorsqu'ils apprécient la gravité d'une atteinte policière à un droit garanti par la *Charte*. Lorsque le droit évolue ou qu'il est incertain, et lorsque l'on conclut que les policiers ont agi de bonne foi, sans méconnaissance ou mépris délibéré des droits constitutionnels de l'accusé, la gravité de l'atteinte peut en être atténuée (voir *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 86-89; *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408, par. 50; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 69 et 71; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 77; et *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 93-95).

[93] Cela correspond en tous points à la situation en l'espèce. La gravité de l'atteinte est selon moi nettement atténuée par la portée incertaine du par. 11(7) de la *LRCDA*S dans le cas d'une saisie « sans poursuite » et par les conclusions catégoriques du juge du procès selon lesquelles les policiers ont toujours agi de bonne foi.

[94] Et dès lors que la gravité de la conduite des policiers est dûment mise en balance avec la fiabilité incontestée des éléments de preuve saisis et avec l'intérêt de la société dans l'instruction de l'affaire au fond, l'analyse fondée sur le par. 24(2) aboutit selon moi à un résultat qui milite en faveur de l'admission en preuve des éléments en cause. Malgré leur bonne foi, les policiers ont commis l'erreur de se croire autorisés par le par. 11(7) à entrer chez l'appellant dans le cadre d'une saisie « sans poursuite »; ils ont commis la même erreur que le juge du procès et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Partant, je ne vois pas comment l'admission des éléments de preuve recueillis chez l'appellant saperait la confiance du public dans le système de justice criminelle et déconsidérerait l'administration de la justice. En réalité, c'est plutôt l'exclusion d'éléments de preuve fiables et cruciaux susceptibles d'établir la perpétration par l'appellant d'infractions très graves en matière d'armes à feu et de drogues qui est beaucoup plus susceptible d'amener le public à perdre confiance dans notre système de justice criminelle.

[95] Pour arriver à cette conclusion, je reconnais que l'entrée des policiers chez l'appellant a eu une

significant impact on the appellant's privacy interest. However, I note that the impugned evidence was lawfully discoverable. Had the police obtained a warrant to seize the roaches, they would have discovered the drugs and guns. Bearing in mind that the police were acting in good faith throughout and that there was no deliberate flouting of the appellant's *Charter* rights, this attenuates the impact of the breach on the appellant's privacy interests: *Cole*, at paras. 89 and 93. I am therefore not persuaded that this factor is sufficient to tip the scales in favour of exclusion.

[96] In sum, it is the cumulative effect of the legal uncertainty, police good faith, and the discoverability and reliability of critical evidence needed for there to be a trial on the merits that resolves the balance in favour of admitting the evidence.

[97] In holding that the evidence of the drugs and guns should be admitted, I should not be taken as condoning police misconduct or failing to take seriously the individual rights of the appellant. I recognize that we must be vigilant in protecting against wilful, deliberate, and even in some cases, negligent misconduct on the part of the police. But that is not this case. Excluding reliable evidence required to prove serious criminal charges in circumstances where the police, acting in good faith, made a mistake in believing that they could enter the appellant's apartment without a warrant — the very mistake that the trial judge and the Court of Appeal made — does nothing to promote public confidence in the administration of justice. On the contrary, it betrays that confidence.

[98] That said, in a case like this one, where there was a significant intrusion on the appellant's privacy interests, albeit one that occurred in circumstances where the law was unclear and the police were acting in good faith, I would not foreclose the possibility that a remedy short of exclusion might be available under s. 24(1) of the *Charter*, perhaps in the form of a sentence reduction. However, as

incidence importante sur son intérêt en matière de respect de la vie privée. Je signale toutefois que les éléments de preuve en cause pouvaient être découverts légalement. S'ils avaient obtenu un mandat les autorisant à saisir les mégots, les policiers auraient découvert les drogues et les armes à feu. Étant donné qu'ils ont toujours fait preuve de bonne foi et qu'ils n'ont pas délibérément porté atteinte aux droits constitutionnels de l'appelant, il y a atténuation de l'incidence de l'atteinte sur l'intérêt de l'appelant en matière de vie privée (*Cole*, par. 89 et 93). Je ne suis donc pas convaincu que cette incidence suffit à faire pencher la balance de manière à écarter les éléments de preuve en cause.

[96] En somme, c'est le cumul de l'incertitude juridique, de la bonne foi des policiers, de la possibilité de découvrir une preuve essentielle à la tenue d'un procès au fond et de la fiabilité d'une telle preuve qui permet de conclure la mise en balance en statuant que la preuve est admissible.

[97] Même si j'estime que les drogues et les armes saisies devraient être admises en preuve, je ne cautionne pas l'inconduite des policiers ni ne prends à la légère les droits individuels de l'appelant. Il faut certes faire preuve de vigilance dans la protection des citoyens contre l'inconduite policière délibérée et même, parfois, celle qui résulte de la négligence. Mais nous n'avons pas affaire à un tel cas. Écarter des éléments fiables requis pour prouver la perpétration d'infractions criminelles graves lorsque les policiers, malgré leur bonne foi, ont cru à tort qu'ils pouvaient entrer sans mandat chez l'appelant — ce qu'ont également cru à tort le juge du procès et la Cour d'appel — ne favorise en rien la confiance du public dans l'administration de la justice. Au contraire, c'est trahir cette confiance.

[98] Néanmoins, dans un cas comme celui dont nous sommes saisis où il y a eu atteinte importante à l'intérêt de l'appelant en matière de respect de la vie privée, malgré l'incertitude du droit et la bonne foi des policiers, je n'exclus pas la possibilité d'une autre réparation, fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, que celle d'écarter la preuve prévue au par. 24(2) de la *Charte*; il pourrait par exemple y

this point was not raised by the appellant, it must be left for another day.

### III. Conclusion

[99] For these reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, convictions set aside and acquittals entered, MOLDAVER and GASCON JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Sprake Song & Konye, Vancouver; Kenneth S. Westlake, Vancouver; Anderson Criminal Law, Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

avoir réduction de la peine infligée. Mais l'appelant n'a pas fait valoir cette possibilité et il faudra statuer sur elle dans un dossier ultérieur.

### III. Conclusion

[99] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, déclarations de culpabilité annulées et acquittements inscrits, les juges MOLDAVER et GASCON sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Sprake Song & Konye, Vancouver; Kenneth S. Westlake, Vancouver; Anderson Criminal Law, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**S.B.** *Respondent***INDEXED AS: R. v. S.B.****2017 SCC 16**

File No.: 37042.

2017: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

*Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused acquitted of several counts of assault and sexual assault by jury — Court of Appeal holding that trial judge erred in allowing cross-examination of complainant on prior sexual activity and in denying Crown applications to lead evidence to rebut allegations of recent fabrication — Majority of Court of Appeal finding that jury verdict should not be set aside despite trial judge's errors — Dissenting judge finding that proper remedy is to set aside acquittals and order new trial — New trial ordered on all charges.*

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green C.J. and Rowe and White JJ.A.), 2016 NLCA 20, 30 C.R. (7th) 61, 377 Nfld. & P.E.I.R. 84, 1173 A.P.R. 84, 336 C.C.C. (3d) 38, [2016] N.J. No. 158 (QL), 2016 CarswellNfld 183 (WL Can.), affirming the accused's acquittals. Appeal allowed and new trial ordered.

*Iain R. W. Hollett*, for the appellant.

*Rosellen Sullivan and Michael A. Crystal*, for the respondent.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**S.B.** *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. S.B.****2017 CSC 16**

N° du greffe : 37042.

2017 : 21 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE  
TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

*Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Accusé acquitté par le jury de plusieurs chefs de voies de fait et d'agression sexuelle — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès a fait erreur en permettant le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de son comportement sexuel antérieur et en rejetant les requêtes présentées par le ministère public en vue d'être autorisé à produire une preuve tendant à réfuter les allégations de fabrication récente — Décision des juges majoritaires de la Cour d'appel concluant qu'il n'y a pas lieu d'écarter le verdict du jury malgré les erreurs commises par le juge du procès — Conclusion du juge dissident portant que la réparation convenable consiste à écarter les acquittements et à ordonner un nouveau procès — Nouveau procès ordonné à l'égard de toutes les accusations.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (le juge en chef Green et les juges Rowe et White), 2016 NLCA 20, 30 C.R. (7th) 61, 377 Nfld. & P.E.I.R. 84, 1173 A.P.R. 84, 336 C.C.C. (3d) 38, [2016] N.J. No. 158 (QL), 2016 CarswellNfld 183 (WL Can.), qui a confirmé les verdicts d'acquiescement prononcés en faveur de l'accusé. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*Iain R. W. Hollett*, pour l'appelante.

*Rosellen Sullivan et Michael A. Crystal*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We would allow the appeal and order a new trial on all the charges, for the reasons of Chief Justice Green.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.*

*Solicitors for the respondent: Sullivan Breen King Defence, St. John's; Spiteri & Ursulak, Ottawa.*

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à l'égard de toutes les accusations, et ce, pour les motifs exposés par le juge en chef Green.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.*

*Procureurs de l'intimé : Sullivan Breen King Defence, St. John's; Spiteri & Ursulak, Ottawa.*

**Dennis James Oland** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta and  
Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. OLAND**

**2017 SCC 17**

File No.: 36986.

2016: October 31; 2017: March 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEW BRUNSWICK

*Criminal law — Interim release — Appeals — Appeal judge dismissing application for release pending appeal because applicant failed to establish that detention “not necessary in the public interest” under s. 679(3)(c) of Criminal Code — Principles and policy considerations by which appellate courts should be guided in deciding whether someone convicted of serious crime and sentenced to lengthy term of imprisonment should be released on bail pending determination of appeal — Proper interpretation and application of s. 679(3)(c) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 679(3)(c).*

*Criminal law — Interim release — Review hearing — Standard of review — Appeal judge dismissing application for release pending appeal — Chief Justice of Court of Appeal directing review of dismissal decision by three-judge panel under s. 680(1) of Criminal Code — Test to be applied by Chief Justice in deciding whether to direct panel review — Standard of review to be applied by*

**Dennis James Oland** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique, procureur général de l'Alberta  
et Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. OLAND**

**2017 CSC 17**

N° du greffe : 36986.

2016 : 31 octobre; 2017 : 23 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-  
BRUNSWICK

*Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Appeals — Rejet par le juge d'appel d'une demande de mise en liberté en attendant l'issue de l'appel au motif que le demandeur n'a pas établi que sa détention n'est « pas nécessaire dans l'intérêt public » suivant l'art. 679(3)c) du Code criminel — Considérations de politique générale et principes qui devraient guider les cours d'appel lorsqu'elles sont appelées à décider si une personne qui a été déclarée coupable d'un crime grave et condamnée à une longue peine d'emprisonnement devrait être mise en liberté sous caution en attendant qu'il soit statué sur son appel — Interprétation et application appropriées de l'art. 679(3)c) du Code criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 679(3)c).*

*Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Audience de révision — Norme de contrôle — Rejet par le juge d'appel d'une demande de mise en liberté en attendant l'issue de l'appel — Juge en chef de la Cour d'appel ordonnant la révision de cette décision par une formation de trois juges conformément à l'art. 680(1) du Code criminel — Critère applicable par le juge en chef lorsqu'il*

*reviewing panel — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 680(1).*

*Appeals — Mootness — Application for release pending appeal dismissed — Appeal against conviction subsequently allowed and new trial ordered — Accused released pending re-trial — Appeal from decision refusing bail pending determination of appeal rendered moot — Whether Court should exercise discretion to hear appeal.*

O applied for release pending the determination of his appeal against conviction on a charge of second degree murder involving the death of his father. His application was denied under the third criterion set out in s. 679(3)(c) of the *Criminal Code*, which requires the applicant to establish that “his detention is not necessary in the public interest”. While public safety was not in issue in this case, the appeal judge was not persuaded that public confidence would be maintained if O were to be released. Accordingly, he dismissed O’s application. A review of that decision by a three-judge panel, as directed by the Chief Justice of the Court of Appeal under s. 680(1) of the *Criminal Code*, was unsuccessful. The Court of Appeal later allowed O’s appeal from conviction and ordered a new trial. Because he was then released pending his re-trial, O’s appeal of the review panel’s decision to this Court was rendered moot. However, in accordance with *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, the Court determined that it would proceed to hear the appeal on its merits because of the unanimous position taken by the parties and interveners that guidance was needed to resolve conflicting jurisprudence on the issue of bail pending appeal, which is otherwise evasive of appellate review.

*Held:* The appeal should be allowed.

Following *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32, the public interest criterion of s. 679(3)(c) of the *Criminal Code* consists of two components: public safety and public confidence in the administration of justice. The public confidence component involves the weighing of two competing interests: enforceability and reviewability. While the *Farinacci* framework has withstood the

*est appelé à décider s’il convient ou non d’ordonner une révision par une formation — Norme de contrôle applicable par la formation de révision — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 680(1).*

*Appels — Caractère théorique — Rejet d’une demande de mise en liberté en attendant l’issue de l’appel — Appel de la déclaration de culpabilité subséquemment accueilli et nouveau procès ordonné — Accusé mis en liberté en attendant l’issue de son nouveau procès — Pourvoi formé contre la décision refusant une mise en liberté sous caution en attendant l’issue de l’appel devenu théorique — La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre le pourvoi?*

O a présenté une demande de mise en liberté en attendant qu’il soit statué sur l’appel qu’il a interjeté contre sa déclaration de culpabilité pour le meurtre au deuxième degré de son père. Sa demande a été rejetée en raison du troisième critère énoncé à l’al. 679(3)c) du *Code criminel*, qui oblige le demandeur à établir que « sa détention n’est pas nécessaire dans l’intérêt public ». Bien que la sécurité du public n’ait pas été en cause en l’espèce, le juge d’appel n’était pas convaincu que la confiance du public serait préservée si O était libéré. Il a par conséquent rejeté la demande de O. La révision de cette décision, effectuée par une formation de trois juges sur l’ordre du Juge en chef de la Cour d’appel en application du par. 680(1) du *Code criminel*, n’a pas été favorable à O. La Cour d’appel a subséquemment accueilli l’appel de la déclaration de culpabilité de O, et a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Comme O a ensuite été libéré en attendant l’issue de son nouveau procès, le présent pourvoi qu’il a formé devant la Cour contre la décision de la formation de révision est devenu théorique. Cependant, conformément à l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, la Cour a décidé d’entendre le pourvoi sur le fond en raison de la position unanime des parties et des intervenants selon laquelle celle-ci se devait de fournir des indications qui permettent de résoudre les contradictions de la jurisprudence sur la question de la mise en liberté sous caution en attendant l’issue de l’appel, question par ailleurs non susceptible de révision en appel.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Suivant l’arrêt *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32, le critère de l’intérêt public énoncé à l’al. 679(3)c) du *Code criminel* comporte deux volets : la sécurité publique et la confiance du public envers l’administration de la justice. Le volet relatif à la confiance du public suppose la mise en balance de deux intérêts opposés : la force exécutoire des jugements et le caractère révisable

test of time and remains good law, appellate judges continue to have difficulty resolving the tension between enforceability and reviewability, especially in cases like the present one, where they are faced with a serious crime on the one hand, and a strong candidate for bail pending appeal on the other.

In section 679(3)(c) of the *Criminal Code*, Parliament has not provided appellate judges with any direction as to how a bail pending appeal order is likely to affect public confidence in the administration of justice. Fortunately, it has done so in s. 515(10)(c) for the admittedly different but related context of bail pending trial. With appropriate modifications, the s. 515(10)(c) factors are also instructive in the appellate context.

In assessing public confidence under s. 515(10)(c) in the pre-trial context, the seriousness of the crime for which a person has been convicted plays an important role and is determined by three factors: the gravity of the offence; the circumstances surrounding the commission of the offence; and the potential length of imprisonment. In considering the public confidence component under s. 679(3)(c), the seriousness of the crime should play an equal role in assessing the enforceability interest. The remaining factor that Parliament has identified as informing public confidence under s. 515(10)(c) is the strength of the prosecution's case. In the appellate context, this translates into the strength of the grounds of appeal, which informs the reviewability interest. For this assessment, appellate judges should examine the grounds of appeal for their general legal plausibility and their foundation in the record to determine whether they clearly surpass the minimal standard required to meet the "not frivolous" criterion.

When conducting the final balancing of the factors that inform public confidence, including the strength of the grounds of appeal, the seriousness of the offence, public safety and flight risks, appellate judges should keep in mind that public confidence is to be measured through the eyes of a reasonable member of the public. This person is someone who is thoughtful, dispassionate,

de ceux-ci. Bien que le cadre établi par l'arrêt *Farinacci* ait résisté à l'épreuve du temps et demeure valable en droit, les juges d'appel continuent d'éprouver de la difficulté à résoudre la tension entre le principe de la force exécutoire des jugements et celui de leur caractère révisable, particulièrement dans des affaires comme celle en l'espèce où ils sont en présence, d'une part, d'un crime grave et, d'autre part, d'un bon candidat à une mise en liberté sous caution en attendant l'issue de l'appel.

À l'alinéa 679(3)c) du *Code criminel*, le législateur n'a donné aux juges d'appel aucune indication sur la manière dont une ordonnance de mise en liberté sous caution en attendant l'issue de l'appel pourrait porter atteinte à la confiance du public envers l'administration de la justice. Heureusement, il l'a toutefois fait à l'al. 515(10)c) dans le contexte, certes différent mais connexe, de la mise en liberté sous caution en attendant l'issue du procès. Avec les adaptations qui s'imposent, les facteurs énumérés à l'al. 515(10)c) sont également utiles dans le contexte d'un appel.

La gravité du crime pour lequel une personne a été reconnue coupable joue un rôle important lorsqu'il s'agit d'apprécier, en vertu de l'al. 515(10)c), la confiance du public dans le contexte antérieur au procès. La gravité du crime est déterminée au moyen de trois facteurs : la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et la durée possible de l'emprisonnement. En ce qui concerne le volet de l'al. 679(3)c) relatif à la confiance du public, la gravité du crime devrait jouer un rôle équivalent dans l'appréciation de l'intérêt relatif à la force exécutoire des jugements. Le dernier facteur que le législateur reconnaît, à l'al. 515(10)c), comme facteur qui sous-tend la confiance du public est la solidité du dossier du poursuivant. Dans le contexte d'un appel, cela correspond à l'existence de moyens d'appel solides, lesquels jouent un rôle dans l'appréciation de l'intérêt relatif au caractère révisable des jugements. Lors de cette appréciation, les juges d'appel devraient examiner les moyens d'appel en tenant compte de leur plausibilité générale en droit et des éléments au dossier sur lesquels ils reposent afin de déterminer s'ils vont clairement au delà des exigences minimales requises pour qu'il soit satisfait au critère de « non-futilité ».

Lorsqu'ils effectuent la mise en balance finale des facteurs qui sous-tendent la confiance du public, notamment la solidité des moyens d'appel, la gravité de l'infraction, la sécurité du public et les risques que l'accusé s'enfuit, les juges d'appel devraient garder à l'esprit que la confiance du public doit être mesurée du point de vue d'un membre raisonnable du public. Il s'agit d'une

informed of the circumstances of the case and respectful of society's fundamental values. There is no precise formula that can be applied to resolve the balance between enforceability and reviewability. A qualitative and contextual approach is required. Where the applicant has been convicted of murder or some other very serious crime, the public interest in enforceability will be high and will often outweigh the reviewability interest, particularly where there are lingering public safety or flight concerns and/or the grounds of appeal appear to be weak. On the other hand, where public safety or flight concerns are negligible, and where the grounds of appeal clearly surpass the "not frivolous" criterion, the public interest in reviewability may well overshadow the enforceability interest, even in the case of murder or other very serious offences.

A panel review under s. 680(1) of the *Criminal Code* should be guided by the following three principles. First, absent palpable and overriding error, the panel must show deference to the judge's findings of fact. Second, the panel may intervene and substitute its decision for that of the judge where it is satisfied that the judge erred in law or in principle, and the error was material to the outcome. Third, in the absence of legal error, the panel may intervene and substitute its decision for that of the judge where it concludes that the decision was clearly unwarranted. It follows that the Chief Justice should consider directing a review under s. 680(1) where it is arguable that the judge committed material errors of fact or law in arriving at the impugned decision, or that the decision was clearly unwarranted in the circumstances.

In this case, the appeal judge was satisfied that there were no appreciable public safety or flight risk concerns and the grounds of appeal were "clearly arguable" — meaning that they clearly surpassed the "not frivolous" criterion. In addition, as found by the trial judge, O's crime gravitated more toward the offence of manslaughter than to first degree murder, which attenuated the seriousness of the crime and hence the enforceability interest. The cumulative effect of these considerations made O's detention clearly unwarranted. The appeal judge erred in law by looking for grounds of appeal that

personne réfléchie, impartiale, bien informée sur les circonstances de l'affaire et respectueuse des valeurs fondamentales de la société. Il n'existe pas de formule précise qui puisse être appliquée pour résoudre la tension entre le principe de la force exécutoire des jugements et celui du caractère révisable de ceux-ci. L'application d'une approche qualitative et contextuelle est requise. Lorsque le demandeur a été déclaré coupable de meurtre ou d'un autre crime très grave, l'intérêt du public relatif à la force exécutoire des jugements sera élevé et l'emportera souvent sur l'intérêt lié au caractère révisable de ceux-ci, particulièrement dans les cas où il existe des préoccupations persistantes en matière de sécurité publique ou de risques de fuite, où les moyens d'appel semblent faibles, ou les deux. En revanche, lorsque les préoccupations en matière de sécurité publique ou de risques de fuite sont négligeables, et que les moyens d'appel vont clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité », l'intérêt du public lié au caractère révisable des jugements peut très bien l'emporter sur l'intérêt lié à la force exécutoire de ceux-ci, même en cas de meurtre ou d'une autre infraction très grave.

La révision effectuée par une formation en vertu du par. 680(1) du *Code criminel* devrait être guidée par les trois principes suivants. Premièrement, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, la formation doit faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du juge. Deuxièmement, elle peut intervenir et substituer sa décision à celle du juge lorsqu'elle est convaincue que celui-ci a commis une erreur de droit ou de principe, et que cette erreur était importante quant à l'issue de l'affaire. Troisièmement, en l'absence d'une erreur de droit, la formation peut intervenir et substituer sa décision à celle du juge dans les cas où elle conclut que celle-ci était clairement injustifiée. Il s'ensuit que le juge en chef devrait envisager d'ordonner une révision fondée sur le par. 680(1) dans les cas où il est possible de soutenir que le juge a commis des erreurs importantes de fait ou de droit lorsqu'il a rendu la décision contestée, ou que celle-ci était clairement injustifiée dans les circonstances.

En l'espèce, le juge d'appel était convaincu qu'il n'existait aucune préoccupation importante en matière de sécurité publique ou de risques de fuite et que les moyens d'appel pouvaient « nettement être soutenus », ce qui signifie qu'ils allaient clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité ». En outre, comme l'a conclu le juge du procès, le crime commis par O se rapprochait davantage de l'infraction d'homicide involontaire coupable que de celle de meurtre au premier degré, ce qui atténuait la gravité du crime et, partant, l'intérêt lié à la force exécutoire des jugements. Cumulativement, ces considérations

would have virtually assured a new trial or an acquittal. The review panel erred in failing to intervene.

### Cases Cited

**Applied:** *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; **referred to:** *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. Ponak*, [1972] 4 W.W.R. 316; *R. v. Iyer*, 2016 ABCA 407; *R. v. D'Amico*, 2016 QCCA 183; *R. v. Gill*, 2015 SKCA 96, 465 Sask. R. 253; *R. v. Xanthoudakis*, 2016 QCCA 1809; *R. v. Manasseri*, 2013 ONCA 647, 312 C.C.C. (3d) 132; *R. v. Passey*, 1997 ABCA 343, 121 C.C.C. (3d) 444; *R. v. Matteo*, 2016 QCCA 2046; *R. v. Sidhu*, 2015 ABCA 308, 607 A.R. 395; *R. v. Porisky*, 2012 BCCA 467, 293 C.C.C. (3d) 100; *R. v. Parsons* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 69; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. Rhyason*, 2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Roussin*, 2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46; *R. v. Allen*, 2001 NFCA 44, 158 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Delisle*, 2012 QCCA 1250; *R. v. Meda* (1981), 23 C.R. (3d) 174; *R. v. Olsen* (1996), 94 O.A.C. 62; *R. v. Roe*, 2008 BCCA 253, 256 B.C.A.C. 308; *R. v. Lees*, 1999 BCCA 441, 127 B.C.A.C. 280; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *R. v. Baltovich* (2000), 47 O.R. (3d) 761; *R. v. Mapara*, 2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(e).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 469, 515(1), (10)(c), 520, 521, 679(3), (4)(a), (10), 680(1).

### Authors Cited

Trotter, Gary T. “Bail Pending Appeal: The Strength of the Appeal and the Public Interest Criterion” (2001), 45 C.R. (5th) 267.  
Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2016, release 1).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Drapeau C.J. and Larlee and Quigg J.J.A.), 2016 NBCA 15, 446 N.B.R. (2d) 325, 1168 A.P.R. 325, [2016] N.B.J. No. 70 (QL), 2016 CarswellNB 126 (WL Can.), affirming the decision of Richard J.A. denying bail to the appellant pending the determination of his appeal against conviction,

rendaient la détention de O clairement injustifiée. Le juge d'appel a commis une erreur de droit en recherchant des moyens d'appel qui auraient garanti pour ainsi dire la tenue d'un nouveau procès ou un acquittement. La formation de révision a commis une erreur en n'intervenant pas.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; **arrêts mentionnés :** *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. Ponak*, [1972] 4 W.W.R. 316; *R. c. Iyer*, 2016 ABCA 407; *R. c. D'Amico*, 2016 QCCA 183; *R. c. Gill*, 2015 SKCA 96, 465 Sask. R. 253; *R. c. Xanthoudakis*, 2016 QCCA 1809; *R. c. Manasseri*, 2013 ONCA 647, 312 C.C.C. (3d) 132; *R. c. Passey*, 1997 ABCA 343, 121 C.C.C. (3d) 444; *R. c. Matteo*, 2016 QCCA 2046; *R. c. Sidhu*, 2015 ABCA 308, 607 A.R. 395; *R. c. Porisky*, 2012 BCCA 467, 293 C.C.C. (3d) 100; *R. c. Parsons* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 69; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. Rhyason*, 2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Roussin*, 2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46; *R. c. Allen*, 2001 NFCA 44, 158 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Delisle*, 2012 QCCA 1250; *R. c. Meda* (1981), 23 C.R. (3d) 174; *R. c. Olsen* (1996), 94 O.A.C. 62; *R. c. Roe*, 2008 BCCA 253, 256 B.C.A.C. 308; *R. c. Lees*, 1999 BCCA 441, 127 B.C.A.C. 280; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. Baltovich* (2000), 47 O.R. (3d) 761; *R. c. Mapara*, 2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11e).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 469, 515(1), (10)c, 520, 521, 679(3), (4)a, (10), 680(1).

### Doctrine et autres documents cités

Trotter, Gary T. « Bail Pending Appeal : The Strength of the Appeal and the Public Interest Criterion » (2001), 45 C.R. (5th) 267.  
Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2016, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (le juge en chef Drapeau et les juges Larlee et Quigg), 2016 NBCA 15, 446 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 325, 1168 A.P.R. 325, [2016] A.N.-B. n° 70 (QL), 2016 CarswellNB 127 (WL Can.), qui a confirmé la décision du juge Richard refusant à l'appelant une mise en liberté sous caution en attendant

2016 CanLII 7428, [2016] N.B.J. No. 25 (QL), 2016 CarswellNB 42 (WL Can.). Appeal allowed.

*Alan D. Gold, Gary A. Miller, Q.C., and James R. McConnell*, for the appellant.

*Kathryn A. Gregory and Derek Weaver*, for the respondent.

*Gavin MacDonald and Leslie Paine*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*John M. Gordon, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Christine Rideout*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Michael W. Lacy, Susan M. Chapman and Andrew Menchynski*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

## I. Overview

[1] This appeal provides the Court with an opportunity to consider and clarify the statutory regime in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which governs bail pending appeal. In particular, we are concerned with the principles and policy considerations by which appellate courts should be guided in deciding whether a person, like the appellant Dennis James Oland, who has been convicted of a serious crime and sentenced to a lengthy term of imprisonment, should be released on bail pending the determination of his appeal against conviction.

[2] The debate in this appeal focuses on the interpretation and application of two relatively brief

la décision sur l'appel de sa déclaration de culpabilité, 2016 CanLII 7428, [2016] A.N.-B. n° 25 (QL), 2016 CarswellNB 42 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Alan D. Gold, Gary A. Miller, c.r., et James R. McConnell*, pour l'appellant.

*Kathryn A. Gregory et Derek Weaver*, pour l'intimée.

*Gavin MacDonald et Leslie Paine*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*John M. Gordon, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Christine Rideout*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Michael W. Lacy, Susan M. Chapman et Andrew Menchynski*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

## I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi donne à la Cour l'occasion d'examiner et de clarifier le régime légal établi par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, à l'égard de la mise en liberté sous caution en attendant l'issue de l'appel. Nous nous intéresserons en particulier aux considérations de politique générale et aux principes qui devraient guider les cours d'appel lorsqu'elles sont appelées à décider si une personne qui, comme l'appelant Dennis James Oland, a été déclarée coupable d'un crime grave et condamnée à une longue peine d'emprisonnement devrait être mise en liberté sous caution en attendant qu'il soit statué sur l'appel qu'elle a interjeté contre sa déclaration de culpabilité.

[2] Dans le présent pourvoi, le litige porte principalement sur l'interprétation et l'application de



provisions of the *Code* — s. 679(3) and s. 680(1). They read as follows:

**679 . . .**

(3) In the case of an appeal [against conviction], the judge of the court of appeal may order that the appellant be released pending the determination of his appeal if the appellant establishes that

- (a) the appeal . . . is not frivolous;
- (b) he will surrender himself into custody in accordance with the terms of the order; and
- (c) his detention is not necessary in the public interest.

**680 (1)** A decision made by a judge under section . . . 679 may, on the direction of the chief justice or acting chief justice of the court of appeal, be reviewed by that court and that court may, if it does not confirm the decision,

- (a) vary the decision; or
- (b) substitute such other decision as, in its opinion, should have been made.

[3] In the present case, Mr. Oland applied for bail pending appeal following his conviction on a charge of second degree murder involving the death of his father. His application was denied under the public interest criterion set out in s. 679(3)(c). While public safety was not in issue, the appeal judge was not persuaded that public confidence in the administration of justice would be maintained if Mr. Oland were to be released. A review of that order directed by the Chief Justice of New Brunswick under s. 680(1) proved unsuccessful. In the opinion of the three-judge review panel, the decision of the appeal judge to detain Mr. Oland was “neither unreasonable nor the product of any material error of fact, law or mixed law and fact” (2016 NBCA 15, 446 N.B.R. (2d) 325, at para. 15).

deux dispositions relativement brèves du *Code*, les par. 679(3) et 680(1), qui sont rédigées ainsi :

**679 . . .**

(3) Dans le cas d'un appel [d'une déclaration de culpabilité], le juge de la cour d'appel peut ordonner que l'appellant soit mis en liberté en attendant la décision de son appel, si l'appellant établit à la fois :

- a) que l'appel [. . .] n'est pas futile;
- b) qu'il se livrera en conformité avec les termes de l'ordonnance;
- c) que sa détention n'est pas nécessaire dans l'intérêt public.

**680 (1)** Une décision rendue par un juge en vertu de l'article [. . .] 679 peut, sur l'ordre du juge en chef ou du juge en chef suppléant de la cour d'appel, faire l'objet d'une révision par ce tribunal et celui-ci peut, s'il ne confirme pas la décision :

- a) ou bien modifier la décision;
- b) ou bien substituer à cette décision telle autre décision qui, à son avis, aurait dû être rendue.

[3] En l'espèce, après avoir été déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de son père, M. Oland a présenté une demande de mise en liberté sous caution en attendant qu'il soit statué sur l'appel. Sa demande a été rejetée en raison du critère de l'intérêt public énoncé à l'al. 679(3)c). Bien que la sécurité du public n'ait pas été en cause, le juge d'appel n'était pas convaincu que la confiance du public envers l'administration de la justice serait préservée si M. Oland était libéré. La révision de cette ordonnance effectuée sur l'ordre du Juge en chef du Nouveau-Brunswick en application du par. 680(1) n'a pas été favorable à M. Oland. Selon la formation de trois juges qui a siégé en révision, la décision du juge d'appel de garder M. Oland en détention n'était « ni déraisonnable, ni le produit d'une erreur importante de fait, de droit, ou mixte de droit et de fait » (2016 NBCA 15, 446 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 325, par. 15).

[4] For the reasons that follow, I am respectfully of the view that detaining Mr. Oland on the public interest criterion was clearly unwarranted in the circumstances. Moreover, in his reasons, the learned appeal judge made a material legal error that affected the outcome. It follows, in my respectful view, that the review panel erred in failing to intervene.

[5] As it turns out, prior to Mr. Oland's appeal being argued in this Court, the Court of Appeal of New Brunswick heard and allowed his appeal from conviction and ordered a new trial. In consequence, Mr. Oland was released on bail pending his re-trial. Accordingly, his appeal to this Court from the order of the review panel upholding his detention order was rendered moot. However, for reasons which I will explain, we chose to hear the appeal on its merits — and having done so, we would allow the appeal but make no further order.

## II. Factual Background

[6] On July 7, 2011, Mr. Oland's father, Richard Oland, was found bludgeoned to death at his office in Saint John, New Brunswick. During the ensuing police investigation, Mr. Oland became the primary suspect. He was eventually arrested and charged with second degree murder on November 12, 2013.

[7] On November 18, 2013, following a contested hearing, Mr. Oland was released on bail pending trial upon entering into a surety recognizance in the amount of \$50,000, with conditions. On December 19, 2015, after a three-month trial by judge and jury, he was convicted of second degree murder. On February 11, 2016, the trial judge sentenced him to life imprisonment with no chance of parole for 10 years.

[4] Pour les motifs qui suivent et, soit dit en tout respect, j'estime que le fait de fonder la détention de M. Oland sur le critère de l'intérêt public était clairement injustifié dans les circonstances. De plus, dans ses motifs, le juge d'appel a commis une erreur importante de droit qui a eu une incidence sur l'issue de l'affaire. Il s'ensuit, à mon avis, que la formation de révision a commis une erreur en n'intervenant pas.

[5] Il s'avère qu'avant même que le pourvoi de M. Oland ne soit débattu devant notre Cour, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a entendu et accueilli l'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. M. Oland a donc été mis en liberté sous caution en attendant l'issue de son nouveau procès. Par conséquent, le pourvoi qu'il a formé devant notre Cour contre la décision de la formation de révision de confirmer son ordonnance de détention est devenu théorique. Toutefois, pour des raisons que j'expliquerai plus loin, nous avons décidé d'entendre l'appel sur le fond et, après l'avoir fait, nous sommes d'avis de l'accueillir, mais de ne rendre aucune autre ordonnance.

## II. Contexte factuel

[6] Le 7 juillet 2011, le père de M. Oland, Richard Oland, a été trouvé battu à mort dans son bureau à Saint John, au Nouveau-Brunswick. Lors de l'enquête policière qui a suivi, M. Oland est devenu le suspect principal. Le 12 novembre 2013, il a finalement été arrêté et accusé de meurtre au deuxième degré.

[7] Le 18 novembre 2013, à l'issue d'une audience contestée et après avoir contracté un engagement de caution de 50 000 \$ assorti de conditions, M. Oland a été mis en liberté sous caution en attendant l'issue de son procès. Au terme d'un procès de trois mois devant juge et jury, il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré le 19 décembre 2015. Le 11 février 2016, le juge du procès l'a condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans.

[8] In his sentencing reasons, the trial judge found that apart from the offence for which he now stood convicted, Mr. Oland was “a well-educated 47 year old husband and devoted father without a criminal past”, and “a loving/caring man; a man at the heart of his family and a contributing member of his community” (2016 NBQB 43, 447 N.B.R. (2d) 7, at paras. 14 and 18). In the opinion of the trial judge, Mr. Oland posed no realistic risk of future dangerousness and his prospect of successfully re-integrating into society after serving his sentence was excellent. As for the offence, the trial judge characterized it as “brutal”, noting approximately 40 blunt and sharp force injuries inflicted to the deceased’s head. On the other hand, the crime involved a spontaneous outburst that was the product of a long-standing dysfunctional family dynamic and immense stress. For this reason, the trial judge found that it fell at the “lower end” on the continuum of moral culpability for second degree murder, closer to manslaughter than to first degree murder.

[9] On January 20, 2016, Mr. Oland filed a notice of appeal from conviction with the Court of Appeal of New Brunswick. He advanced numerous grounds of appeal relating to three principal areas: errors in the jury charge; errors in admitting certain evidence; and the reasonableness of the verdict. At the same time, he applied under s. 679(3) of the *Code* for bail pending the determination of his appeal. The outcome of that application is the focus of this appeal.

### III. Decisions Below

#### A. *Decision of the Appeal Judge, 2016 CanLII 7428 (Richard J.A.)*

[10] Mr. Oland’s application for release pending appeal proceeded before a single judge of the Court of Appeal. In support of his application, Mr. Oland filed numerous affidavits attesting to his good character, past compliance with release conditions, and

[8] Dans ses motifs de détermination de la peine, le juge du procès a conclu que, mis à part l’infraction dont il venait d’être reconnu coupable, M. Oland était [TRADUCTION] « un époux et un père de 47 ans dévoué, instruit et sans antécédents judiciaires », ainsi « [qu’]un homme aimant et attentionné; une figure centrale au sein de sa famille et une personne active au sein de sa collectivité » (2016 NBQB 43, 447 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 7, par. 14 et 18). À son avis, M. Oland ne présentait aucun risque réaliste de dangerosité future et avait d’excellentes chances de réussir sa réintégration dans la société après avoir purgé sa peine. Quant à l’infraction, le juge du procès l’a qualifiée de « brutale », faisant remarquer que quelque 40 blessures contondantes et pénétrantes avaient été infligées à la tête de la victime. Il a toutefois souligné que le crime avait été commis lors d’un emportement spontané qui découlait d’une dynamique familiale dysfonctionnelle de longue date et d’un stress énorme. Pour cette raison, le juge du procès a conclu que le crime se situait à « [l’]extrémité inférieure » du continuum de la culpabilité morale pour un meurtre au deuxième degré, et qu’il s’apparentait davantage à un homicide involontaire coupable qu’à un meurtre au premier degré.

[9] Le 20 janvier 2016, M. Oland a déposé un avis d’appel de la déclaration de culpabilité devant la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick. Il a invoqué de nombreux moyens d’appel portant sur trois points principaux : erreurs dans l’exposé au jury, erreurs liées à l’admission de certains éléments de preuve et caractère raisonnable du verdict. Parallèlement, il a demandé, en vertu du par. 679(3) du *Code*, sa mise en liberté sous caution en attendant qu’il soit statué sur son appel. Le présent pourvoi porte sur l’issue de cette demande.

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Décision du juge d’appel, 2016 CanLII 7428 (le juge Richard)*

[10] La demande de mise en liberté en attendant la décision sur l’appel présentée par M. Oland a été entendue devant un juge de la Cour d’appel siégeant seul. À l’appui de sa demande, M. Oland a déposé de nombreux affidavits témoignant de sa

his roots in the community. In addition, he filed affidavits from two family members who were prepared to act as sureties and risk substantial sums of money should he breach the terms of his release order. Finally, he submitted excerpts from the trial transcripts pertinent to his grounds of appeal.

[11] In ruling on the application, the appeal judge found that Mr. Oland had discharged his onus on the first two criteria for release under s. 679(3)(a) and (b) of the *Code*, namely: his appeal was not frivolous and he would surrender into custody as required. The appeal judge then considered the public interest criterion under s. 679(3)(c), dividing it into two parts — public safety and public confidence in the administration of justice.

[12] Commencing with public safety, the appeal judge was satisfied that Mr. Oland posed “no danger to the public at large” (para. 15). In this regard, he adopted the findings of the sentencing judge that Mr. Oland was a man of prior good behaviour, without criminal record, and that the offence was largely the product of unique relational and situation-specific difficulties existing between him and his father.

[13] Turning to public confidence, the appeal judge found that the gravity and brutality of the offence weighed in favour of Mr. Oland’s detention. And while the grounds of appeal put forward by him were “clearly arguable”, they were not of such unique strength as to “virtually assure a new trial or an acquittal” (paras. 30 and 32). On balance, the appeal judge was not persuaded that public confidence in the administration of justice would be maintained if Mr. Oland were to be released. Accordingly, he dismissed the application for release pending appeal.

bonne moralité, de son respect antérieur des conditions de sa mise en liberté et de son enracinement dans la collectivité. Il a en outre déposé des affidavits de deux membres de sa famille qui étaient disposés à se porter caution et à risquer de perdre des sommes importantes d’argent en cas de manquement aux conditions de l’ordonnance de mise en liberté. Enfin, il a présenté des extraits de la transcription du procès qu’il estimait pertinents pour étayer ses moyens d’appel.

[11] Dans sa décision sur la demande, le juge d’appel a conclu que M. Oland s’était acquitté de son fardeau relativement aux deux premiers critères de la mise en liberté prévus aux al. 679(3)a) et b) du *Code* : son appel n’était pas futile et il se livrerait au besoin. Le juge d’appel a ensuite examiné le critère de l’intérêt public énoncé à l’al. 679(3)c), et l’a divisé en deux volets : la sécurité du public et la confiance du public envers l’administration de la justice.

[12] Tout d’abord, en ce qui concerne la sécurité publique, le juge d’appel a estimé que M. Oland ne présentait pas de « danger pour le public » (par. 15). À cet égard, il a souscrit aux conclusions du juge ayant statué sur la peine, à savoir que M. Oland avait eu jusque-là une bonne conduite, qu’il n’avait pas d’antécédents judiciaires et que l’infraction était en grande partie le fruit de difficultés singulières existant entre lui et son père, difficultés imputables à leurs relations et à la situation.

[13] Pour ce qui est de la confiance du public, le juge d’appel a conclu que la gravité et la brutalité de l’infraction militaient en faveur de la détention de M. Oland. En outre, même si les moyens d’appel qu’il avait présentés pouvaient « nettement être soutenus », ils n’étaient pas à ce point solides qu’ils « garanti[ssaient] » pour ainsi dire « un acquittement ou la tenue d’un nouveau procès » (par. 30 et 32). Tout bien considéré, le juge d’appel n’était pas convaincu que la confiance du public envers l’administration de la justice serait préservée si M. Oland était libéré. Il a par conséquent rejeté la demande de mise en liberté en attendant la décision sur l’appel.

B. *Decision of the Review Panel, 2016 NBCA 15, 446 N.B.R. (2d) 325 (Drapeau C.J. and Larlee and Quigg J.J.A.)*

[14] On application by Mr. Oland under s. 680(1) of the *Code*, the Chief Justice of New Brunswick directed a review of his detention order before a three-judge panel of the court.

[15] In arriving at its decision, the panel adopted a deferential approach to the review, characterizing the appeal judge's decision to detain Mr. Oland as a "judgment call". While the panel recognized that the grounds of appeal put forward by Mr. Oland were "serious", he nonetheless stood convicted of a brutal murder for which he had received a mandatory life sentence. In the circumstances, denying him bail would not render his appeal pointless. Of primary significance, Mr. Oland had failed to show any error in the reasons of the appeal judge that would warrant interference; nor had he persuaded the panel that his detention in the circumstances was clearly unreasonable. Accordingly, the application for review was dismissed.

#### IV. Analysis

##### A. *Mootness*

[16] On October 24, 2016, the Court of Appeal of New Brunswick allowed Mr. Oland's appeal from conviction and ordered a new trial. On October 25, 2016, he was granted bail pending his re-trial. In view of these events, the parties were alerted that they should be prepared to address the issue of mootness.

[17] At the commencement of the hearing, the Court raised the issue of mootness and we were urged by the parties and interveners to hear the appeal on its merits. Mr. Oland and the respondent

B. *Décision de la formation de révision, 2016 NBCA 15, 446 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 325 (le juge en chef Drapeau et les juges Larlee et Quigg)*

[14] À la suite d'une demande présentée par M. Oland en vertu du par. 680(1) du *Code*, le Juge en chef du Nouveau-Brunswick a ordonné la révision de son ordonnance de détention devant une formation de trois juges de la cour.

[15] La formation a pris sa décision en appliquant une approche empreinte de déférence, considérant que la décision du juge d'appel de détenir M. Oland découlait d'un « jugement personnel », autrement dit qu'il s'agissait d'une question d'appréciation. Bien qu'elle ait reconnu que les moyens d'appel présentés par M. Oland étaient « sérieux », elle a rappelé que M. Oland avait néanmoins été reconnu coupable d'un meurtre brutal pour lequel il s'était vu imposer une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité. Dans les circonstances, le fait de lui refuser une mise en liberté sous caution ne rendrait pas son appel vain. Une importance primordiale a été accordée au fait que M. Oland n'avait pas su démontrer l'existence, dans les motifs du juge d'appel, d'erreurs justifiant une intervention, et qu'il n'avait pas non plus convaincu la formation que sa détention était clairement déraisonnable dans les circonstances. Par conséquent, la demande de révision a été rejetée.

#### IV. Analyse

##### A. *Caractère théorique*

[16] Le 24 octobre 2016, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a accueilli l'appel de la déclaration de culpabilité de M. Oland, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le 25 octobre 2016, M. Oland a obtenu une mise en liberté sous caution en attendant l'issue de son nouveau procès. Dans ces circonstances, les parties ont été averties qu'elles devaient être prêtes à débattre de la question du caractère théorique.

[17] Au début de l'audience, notre Cour a soulevé la question du caractère théorique, et les parties comme les intervenants nous ont demandé instamment d'entendre le pourvoi sur le fond. M. Oland et

Crown submitted that this Court's decision was potentially of significance to them, as Mr. Oland might find himself in the same situation following his re-trial. In addition, all concerned submitted that guidance was needed from this Court to resolve inconsistent approaches to bail taken by appellate courts across the country. And as bail pending appeal was, by its temporary nature, evasive of appellate review, this was an appropriate case to resolve the conflicting jurisprudence: see *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 2.

[18] In view of the unanimous position taken by the parties and interveners, and considering that the appeal meets the criteria established in *Borowski*, the Court determined that it would proceed to hear the appeal on its merits.

B. *Bail Pending Appeal Under Section 679(3) of the Criminal Code*

(1) The Three Statutory Criteria

[19] The three statutory criteria for bail pending appeal are found in s. 679(3) of the *Code*:

**679** . . .

(3) In the case of an appeal [against conviction], the judge of the court of appeal may order that the appellant be released pending the determination of his appeal if the appellant establishes that

- (a) the appeal . . . is not frivolous;
- (b) he will surrender himself into custody in accordance with the terms of the order; and
- (c) his detention is not necessary in the public interest.

The applicant seeking bail bears the burden of establishing that each criterion is met on a balance

le ministère public intimé ont fait valoir que la décision que nous rendrions pourrait revêtir une certaine importance pour eux, car M. Oland risquait de se retrouver dans la même situation à l'issue de son nouveau procès. De plus, tous les intéressés ont soutenu que notre Cour se devait de fournir des indications qui permettent de trancher parmi les approches contradictoires adoptées par des cours d'appel dans les diverses régions du pays à l'égard de la mise en liberté sous caution. En outre, étant donné que, du fait de sa nature temporaire, la mise en liberté sous caution en attendant la décision sur l'appel ne peut être révisée en appel, la présente affaire constituait une occasion propice pour résoudre les contradictions de la jurisprudence (voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 2).

[18] Vu la position unanime des parties et des intervenants, et étant donné que le pourvoi satisfait aux critères établis dans l'arrêt *Borowski*, notre Cour a décidé d'entendre le pourvoi sur le fond.

B. *Mise en liberté sous caution en attendant la décision sur l'appel prévue au par. 679(3) du Code criminel*

(1) Les trois critères établis par la loi

[19] Les trois critères pour la mise en liberté sous caution en attendant la décision sur l'appel sont énoncés au par. 679(3) du *Code* :

**679** . . .

(3) Dans le cas d'un appel [d'une déclaration de culpabilité], le juge de la cour d'appel peut ordonner que l'appelant soit mis en liberté en attendant la décision de son appel, si l'appelant établit à la fois :

- a) que l'appel [. . .] n'est pas futile;
- b) qu'il se livrera en conformité avec les termes de l'ordonnance;
- c) que sa détention n'est pas nécessaire dans l'intérêt public.

Il incombe au demandeur qui sollicite une mise en liberté sous caution d'établir, selon la prépondérance

of probabilities: *R. v. Ponak*, [1972] 4 W.W.R. 316 (B.C.C.A.), at pp. 317-18; *R. v. Iyer*, 2016 ABCA 407, at para. 7 (CanLII); *R. v. D’Amico*, 2016 QCCA 183, at para. 10 (CanLII); *R. v. Gill*, 2015 SKCA 96, 465 Sask. R. 253, at para. 14.

[20] The first criterion requires the appeal judge to examine the grounds of appeal with a view to ensuring that they are not “not frivolous” (s. 679(3)(a)). Courts have used different language to describe this standard. While not in issue on this appeal, the “not frivolous” test is widely recognized as being a very low bar: see *R. v. Xanthoudakis*, 2016 QCCA 1809, at paras. 4-7 (CanLII); *R. v. Manasseri*, 2013 ONCA 647, 312 C.C.C. (3d) 132, at para. 38; *R. v. Passey*, 1997 ABCA 343, 121 C.C.C. (3d) 444, at paras. 6-8; G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at pp. 10-13 to 10-15.

[21] The second criterion requires the applicant to show that “he will surrender himself into custody in accordance with the terms of the [release] order” (s. 679(3)(b)). The appeal judge must be satisfied that the applicant will not flee the jurisdiction and will surrender into custody as required.

[22] The third criterion requires the applicant to establish that “his detention is not necessary in the public interest” (s. 679(3)(c)). It is upon this criterion that Mr. Oland’s bid for bail pending appeal failed — and it is on this criterion that guidance from the Court is sought. In particular, the parties ask this Court for guidance on how the strength of the grounds of appeal from a conviction should be considered in determining whether detention is necessary in the public interest.

(2) The Farinacci Approach to the Public Interest Criterion

[23] In *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.), Arbour J.A. (as she then was) considered the meaning of the words “public interest” in

des probabilités, que chacun de ces critères est respecté (*R. c. Ponak*, [1972] 4 W.W.R. 316 (C.A. C.-B.), p. 317-318; *R. c. Iyer*, 2016 ABCA 407, par. 7 (CanLII); *R. c. D’Amico*, 2016 QCCA 183, par. 10 (CanLII); *R. c. Gill*, 2015 SKCA 96, 465 Sask. R. 253, par. 14).

[20] Le premier critère requiert du juge d’appel qu’il examine les moyens d’appel en vue de s’assurer qu’ils ne sont « pas futile[s] » (al. 679(3)a)). Les tribunaux ont utilisé des termes différents pour décrire ce critère. Bien que cette question ne soit pas en litige dans le présent pourvoi, il est largement reconnu que le critère exigeant que l’appel ne soit « pas futile » (ci-après le critère de « non-futilité ») est très peu exigeant (voir *R. c. Xanthoudakis*, 2016 QCCA 1809, par. 4-7 (CanLII); *R. c. Manasseri*, 2013 ONCA 647, 312 C.C.C. (3d) 132, par. 38; *R. c. Passey*, 1997 ABCA 343, 121 C.C.C. (3d) 444, par. 6-8; G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 10-13 à 10-15).

[21] Suivant le deuxième critère, le demandeur doit démontrer « qu’il se livrera en conformité avec les termes de l’ordonnance [de mise en liberté] » (al. 679(3)b)). Le juge d’appel doit être convaincu que le demandeur ne fuira pas le ressort du tribunal et qu’il se livrera au besoin.

[22] Le troisième critère oblige le demandeur à établir que « sa détention n’est pas nécessaire dans l’intérêt public » (al. 679(3)c)). C’est le critère sur lequel se fonde le rejet de la demande de mise en liberté sous caution de M. Oland en attendant la décision sur l’appel, et le critère à l’égard duquel on a demandé à notre Cour de fournir des précisions. En particulier, les parties demandent à la Cour de donner des indications sur la façon dont il convient d’examiner la solidité des moyens invoqués pour interjeter appel d’une déclaration de culpabilité lorsqu’il s’agit de déterminer si la détention est nécessaire dans l’intérêt public.

(2) Le critère de l’intérêt public selon l’arrêt Farinacci

[23] Dans *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), la juge Arbour, qui siégeait alors à la Cour d’appel, a examiné la signification des mots

the context of s. 679(3)(c). In the course of her careful analysis, she determined that the public interest criterion consisted of two components: public safety and public confidence in the administration of justice (pp. 47-48).

[24] Justice Arbour did not delve into the public safety component. She found that it related to the protection and safety of the public and essentially tracked the familiar requirements of the so-called “secondary ground” governing an accused’s release pending trial (pp. 45 and 47-48). The public confidence component, on the other hand, was more nuanced and required elaboration. It involved the weighing of two competing interests: enforceability and reviewability.

[25] According to Arbour J.A., the enforceability interest reflected the need to respect the general rule of the immediate enforceability of judgments. Reviewability, on the other hand, reflected society’s acknowledgement that our justice system is not infallible and that persons who challenge the legality of their convictions should be entitled to a meaningful review process — one which did not require them to serve all or a significant part of a custodial sentence only to find out on appeal that the conviction upon which it was based was unlawful (pp. 47-49).

[26] Almost a quarter of a century has passed since *Farinacci* was decided. The public interest framework which it established has withstood the test of time. It has been universally endorsed by appellate courts across the country: see, e.g., *R. v. Matteo*, 2016 QCCA 2046, at para. 20 (CanLII); *R. v. Sidhu*, 2015 ABCA 308, 607 A.R. 395, at paras. 5-6; *R. v. Porisky*, 2012 BCCA 467, 293 C.C.C. (3d) 100, at paras. 8 and 14-15; *R. v. Parsons* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 69 (C.A.), at paras. 30-34. Moreover, all of the parties and interveners in this appeal are content with the *Farinacci* framework. None has spoken against it; none has asked us to revisit it — and I see no reason to do so. *Farinacci* remains good law in my view.

« intérêt public » dans le contexte de l’al. 679(3)c). Dans sa minutieuse analyse, elle a statué que le critère de l’intérêt public comportait deux volets : la sécurité publique et la confiance du public envers l’administration de la justice (p. 47-48).

[24] La juge Arbour ne s’est pas attardée au volet de la sécurité publique. Elle a conclu qu’il avait trait à la protection et à la sécurité du public et reprenait essentiellement les exigences bien connues de ce qu’on appelle le « motif secondaire » qui régit la mise en liberté d’un accusé en attendant l’issue de son procès (p. 45 et 47-48). Le volet relatif à la confiance du public était quant à lui plus nuancé et requérait des précisions. Il supposait la mise en balance de deux intérêts opposés : la force exécutoire des jugements et le caractère révisable de ceux-ci.

[25] Selon la juge Arbour, l’intérêt basé sur la force exécutoire des jugements reflétait la nécessité de respecter la règle générale du caractère exécutoire immédiat des jugements. L’intérêt fondé sur le caractère révisable des jugements traduisait quant à lui la reconnaissance par la société que notre système de justice n’est pas infaillible et que les personnes qui contestent la légalité de leurs déclarations de culpabilité devraient avoir droit à un processus véritable de révision, à savoir à un processus qui ne les oblige pas à purger l’ensemble ou une partie appréciable de leur peine d’emprisonnement, pour se rendre compte au terme de l’appel que la déclaration de culpabilité sur laquelle cette peine reposait était illégale (p. 47-49).

[26] Presque un quart de siècle s’est écoulé depuis l’arrêt *Farinacci*. Le cadre qu’il a établi relativement à l’intérêt public a résisté à l’épreuve du temps. Il a été universellement adopté par des cours d’appel de diverses régions du pays (voir, p. ex., *R. c. Matteo*, 2016 QCCA 2046, par. 20 (CanLII); *R. c. Sidhu*, 2015 ABCA 308, 607 A.R. 395, par. 5-6; *R. c. Porisky*, 2012 BCCA 467, 293 C.C.C. (3d) 100, par. 8 et 14-15; *R. c. Parsons* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 69 (C.A.), par. 30-34). De plus, toutes les parties et tous les intervenants au présent pourvoi sont satisfaits du cadre établi dans *Farinacci*. Personne ne l’a contesté ni ne nous a demandé de le revoir, et je ne vois aucune raison de le faire. Cet arrêt continue d’exposer valablement le droit selon moi.



[27] In so concluding, I should not be taken to mean — nor do I understand *Farinacci* to have said — that the public safety component and the public confidence component are to be treated as silos. To be sure, there will be cases where public safety considerations alone are sufficient to warrant a detention order in the public interest. However, as I will explain, where the public safety threshold has been met by an applicant seeking bail pending appeal, residual public safety concerns or the absence of any public safety concerns remain relevant and should be considered in the public confidence analysis.

[28] The challenge with *Farinacci* arises not from its framework, but from its application in cases where the public confidence component is raised. Appellate judges continue to have difficulty resolving the tension between enforceability and reviewability, especially in cases like the present one, where they are faced with a serious crime on the one hand, and a strong candidate for bail pending appeal on the other.

[29] Fortunately, cases like this tend to be more the exception than the rule. Appellate judges across the country deal with applications for bail pending appeal on a regular basis. Of those, only a fraction are likely to involve the public confidence component. Rarely does this component play a role, much less a central role, in the decision to grant or deny bail pending appeal. As Donald J.A. observed in *Porisky*, at para. 47:

Not every offence is serious enough to engage an assessment of the merits. There is no need to go beyond the frivolous threshold in cases unlikely to arouse a concern about public confidence. . . . [W]e should expect Crown counsel to recognize that the continuum runs from petty theft to first degree murder and to exercise good judgment

[27] En concluant ainsi, je ne veux pas dire — et je ne considère pas non plus qu’il ressort de l’arrêt *Farinacci* — que le volet de la sécurité publique et celui de la confiance du public doivent être considérés isolément. Il y aura assurément des cas où des considérations de sécurité publique seront à elles seules suffisantes pour justifier une ordonnance de détention dans l’intérêt public. Toutefois, comme je vais l’expliquer plus loin, lorsque la personne qui sollicite sa mise en liberté en attendant la décision sur l’appel satisfait au critère préliminaire de la sécurité publique, l’existence de préoccupations résiduelles en matière de sécurité du public ou l’absence de telles préoccupations demeurent des considérations pertinentes, dont il convient de tenir compte dans l’analyse relative à la confiance du public.

[28] Le problème que pose *Farinacci* ne tient pas à son cadre, mais à son application dans des affaires où la confiance du public est invoquée. Les juges d’appel continuent d’éprouver de la difficulté à résoudre la tension entre le principe de la force exécutoire des jugements et celui de leur caractère révisable, particulièrement dans des affaires comme celle qui nous occupe où ils sont en présence, d’une part, d’un crime grave et, d’autre part, d’un bon candidat à une mise en liberté sous caution en attendant l’issue de l’appel.

[29] Heureusement, les affaires de cette nature relèvent davantage de l’exception que de la règle. Même si des juges d’appel de partout au pays entendent régulièrement des demandes de mise en liberté sous caution en attendant l’issue de l’appel, une fraction seulement de celles-ci est susceptible de mettre en cause la confiance du public. Cette question joue rarement un rôle — et encore moins un rôle central — dans la décision d’accorder ou de refuser une telle demande. Comme l’a fait remarquer le juge d’appel Donald dans l’arrêt *Porisky*, par. 47 :

[TRADUCTION] Les infractions ne sont pas toutes suffisamment graves pour justifier un examen au fond. Dans les affaires qui ne sont pas susceptibles de soulever une préoccupation relative à la confiance du public, il n’est pas nécessaire d’aller au delà du critère préliminaire de non-futilité. [. . .] [I] est permis de penser que les avocats

in raising public confidence only in those cases where the offence is at the serious end of the scale.

[30] That said, difficult cases do occasionally arise in which the public confidence component is raised. In the hope of assisting appellate judges, I propose to elaborate somewhat on the competing interests of enforceability and reviewability identified in *Farinacci*. In particular, I will point out some of the key factors that inform these interests and provide appellate judges with guidance as to how to weigh them in any given case.

(3) Section 515(10)(c) of the *Criminal Code* Identifies Factors That Inform the Public Confidence Analysis

(a) *The Rationales for Considering Section 515(10)(c)*

[31] In section 679(3)(c) of the *Code*, Parliament has not provided appellate judges with any direction as to how a release pending appeal order is likely to affect public confidence in the administration of justice. Fortunately, it has done so in the admittedly different but related context of bail pending trial. Under s. 515(10)(c), Parliament has identified four factors that judges may consider in assessing whether a detention order is necessary to maintain public confidence in the administration of justice:

**515 ...**

(10) For the purposes of this section, the detention of an accused in custody is justified only on one or more of the following grounds:

(c) if the detention is necessary to maintain confidence in the administration of justice, having regard to all the circumstances, including

du ministère public sont conscients que le continuum va du menu larcin au meurtre au premier degré et font preuve de jugement en ne soulevant la question de la confiance du public que dans le cas des infractions les plus graves.

[30] Cela dit, il survient effectivement à l'occasion des cas difficiles où se pose la question de la confiance du public. Dans l'espoir d'aider les juges d'appel, je propose d'apporter quelques précisions sur les intérêts opposés mentionnés dans *Farinacci*, à savoir la force exécutoire des jugements et le caractère révisable de ceux-ci. Je soulignerai en particulier certains des facteurs clés qui sous-tendent ces intérêts et qui fournissent aux juges d'appel des indications sur la façon de les soupeser dans un cas donné.

(3) L'alinéa 515(10)c) du *Code criminel* fait état de facteurs susceptibles de guider l'analyse relative à la confiance du public

a) *Les raisons d'examiner l'al. 515(10)c)*

[31] À l'alinéa 679(3)c) du *Code*, le législateur n'a donné aux juges d'appel aucune indication sur la manière dont une ordonnance de mise en liberté en attendant l'issue de l'appel pourrait porter atteinte à la confiance du public envers l'administration de la justice. Heureusement, il l'a toutefois fait dans le contexte, certes différent mais connexe, de la mise en liberté sous caution en attendant l'issue du procès. À l'alinéa 515(10)c), le législateur a énuméré quatre facteurs dont les juges peuvent tenir compte lorsqu'ils décident si une ordonnance de détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice :

**515 ...**

(10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que dans l'un des cas suivants :

c) sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment les suivantes :

- (i) the apparent strength of the prosecution's case,
- (ii) the gravity of the offence,
- (iii) the circumstances surrounding the commission of the offence, including whether a firearm was used, and
- (iv) the fact that the accused is liable, on conviction, for a potentially lengthy term of imprisonment or, in the case of an offence that involves, or whose subject-matter is, a firearm, a minimum punishment of imprisonment for a term of three years or more.

[32] While these factors are tailored to the pre-trial context, a corollary form of the interest underlying each exists in the appellate context. In my view, these same factors — with appropriate modifications to reflect the post-conviction context — should be accounted for in considering how, if at all, a release pending appeal order is likely to affect public confidence in the administration of justice.

[33] Approaching the matter this way advances an important policy consideration. It has the virtue of promoting consistency and harmony between the trial and appellate contexts so that, together, they may be seen as providing a cohesive and comprehensive statement of the law governing bail in Canada. Importantly, it accords with the basic principle that, in general, bail should not be more readily accessible for someone who has been convicted of a crime than for someone who is awaiting trial and is presumed innocent. Approaching the two contexts in that fashion can only serve to foster the goals of fairness and coherence and enhance society's confidence in the administration of justice.

[34] Greater accessibility to bail pending trial is rooted in the presumption of innocence. Accused persons charged with an offence in Canada are presumed to be innocent, and they remain so unless and until their guilt is proved beyond a reasonable doubt. With this in mind, the framers of the *Canadian*

- (i) le fait que l'accusation paraît fondée,
- (ii) la gravité de l'infraction,
- (iii) les circonstances entourant sa perpétration, y compris l'usage d'une arme à feu,
- (iv) le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement ou, s'agissant d'une infraction mettant en jeu une arme à feu, une peine minimale d'emprisonnement d'au moins trois ans.

[32] Bien que ces facteurs soient adaptés au contexte qui précède le procès, l'intérêt qui sous-tend chacun d'eux a son corollaire dans le contexte de l'appel. À mon avis, ces mêmes facteurs doivent être pris en considération — avec les adaptations qui s'imposent pour tenir compte du contexte postérieur à la déclaration de culpabilité — afin de déterminer de quelle manière, si tant est qu'elle ait un tel effet, une ordonnance de mise en liberté en attendant l'issue de l'appel pourrait porter atteinte à la confiance du public envers l'administration de la justice.

[33] Le fait d'examiner la question de cette façon favorise une considération de politique générale importante. Cette approche a en effet l'avantage de promouvoir l'uniformité et l'harmonie des règles applicables dans le contexte du procès et dans celui de l'appel, afin qu'il soit possible de considérer que, conjointement, elles énoncent de façon cohérente et exhaustive le droit régissant la mise en liberté sous caution au Canada. Facteur important, cette façon de faire est compatible avec le principe fondamental selon lequel, en règle générale, la mise en liberté sous caution ne devrait pas être plus facile à obtenir par une personne qui a été déclarée coupable d'un crime que par une personne qui attend son procès et qui est présumée innocente. Envisager les deux contextes de cette manière ne peut que favoriser les objectifs d'équité et de cohérence, et accroître la confiance de la société envers l'administration de la justice.

[34] La possibilité accrue d'obtenir une mise en liberté sous caution en attendant l'issue du procès repose sur la présomption d'innocence. Les personnes accusées d'une infraction au Canada sont présumées innocentes et elles le demeurent tant et aussi longtemps que leur culpabilité n'a pas été prouvée hors

*Charter of Rights and Freedoms* saw fit to include in s. 11(e) the right of every person charged with an offence “not to be denied reasonable bail without just cause”: *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 13.

[35] By contrast, once a conviction is entered, the presumption of innocence is displaced and s. 11(e) of the *Charter* no longer applies. This is reflected in the shift in onus which occurs when a person who has been convicted and sentenced applies for bail pending appeal. Unlike the pre-trial context, where by and large the onus rests on the Crown to establish that an accused should be detained in custody, for appeal purposes, Parliament has seen fit to reverse the onus onto the applicant in all cases.<sup>1</sup>

[36] With these thoughts in mind, I turn to the enforceability and reviewability interests to explain how, with appropriate modifications, the public confidence factors listed in s. 515(10)(c) are instructive in identifying the factors that make up the public confidence component in s. 679(3)(c).

(b) *The Enforceability Interest*

[37] In assessing whether public confidence concerns support a pre-trial detention order under s. 515(10)(c), the seriousness of the crime plays an important role. The more serious the crime, the greater the risk that public confidence in the administration of justice will be undermined if the accused is released on bail pending trial. So too for bail pending appeal. In considering the public confidence

<sup>1</sup> Whereas s. 679(3) requires an applicant “to establish” that the three statutory criteria have been met, s. 515(1) generally places the onus on the Crown to “sho[w] cause . . . why the detention of the accused in custody is justified”.

de tout doute raisonnable. Dans cette optique, les auteurs de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont jugé bon de prévoir, à l’al. 11e) de ce texte, que tout inculpé a le droit « de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable » (*R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 13).

[35] En revanche, une fois la déclaration de culpabilité inscrite, la présomption d’innocence est écartée et l’al. 11e) de la *Charte* cesse de s’appliquer. C’est ce qui ressort du déplacement du fardeau de la preuve qui se produit lorsqu’une personne ayant été déclarée coupable et condamnée à une peine sollicite sa mise en liberté sous caution en attendant l’issue de son appel. Contrairement à ce qu’il a fait dans le contexte antérieur au procès — étape où il incombe généralement au ministère public de démontrer que l’accusé devrait être détenu sous garde —, le législateur a jugé bon, dans le cas des appels, de faire porter ce fardeau au demandeur dans tous les cas<sup>1</sup>.

[36] C’est avec ces considérations à l’esprit que je vais maintenant examiner les intérêts liés à la force exécutoire des jugements et au caractère révisable de ceux-ci afin d’expliquer comment, avec les adaptations qui s’imposent, les facteurs relatifs à la confiance du public énumérés à l’al. 515(10)c) sont utiles dans la détermination des facteurs qui composent le volet de l’al. 679(3)c) relatif à la confiance du public.

b) *L’intérêt lié à la force exécutoire des jugements*

[37] La gravité du crime joue un rôle important lorsqu’il s’agit de déterminer si les préoccupations relatives à la confiance du public justifient une ordonnance de détention avant le procès en vertu de l’al. 515(10)c). Plus grave est le crime, plus grand est le risque que la confiance du public envers l’administration de la justice soit minée par la mise en liberté sous caution de l’accusé en attendant l’issue de

<sup>1</sup> Alors que le par. 679(3) oblige le demandeur à « établi[r] » que les trois critères prévus par la loi sont remplis, le par. 515(1) impose généralement au ministère public le fardeau de « fa[ir]e valoir [. . .] des motifs justifiant la détention du prévenu sous garde ».

component under s. 679(3)(c), I see no reason why the seriousness of the crime for which a person has been convicted should not play an equal role in assessing the enforceability interest.

[38] With that in mind, I return to s. 515(10)(c), where Parliament has set out three factors by which the seriousness of a crime may be determined: the gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence, and the potential length of imprisonment (s. 515(10)(c)(ii), (iii) and (iv)). In my view, these factors are readily transferable to s. 679(3)(c) — the only difference being that, unlike the pre-trial context, an appeal judge will generally have the trial judge's reasons for sentence in which the three factors going to the seriousness of the crime will have been addressed. As a rule, the appeal judge need not repeat this exercise.

[39] I pause here to note that while the seriousness of the crime for which the offender has been convicted will play an important role in assessing the enforceability interest, other factors should also be taken into account where appropriate. For example, public safety concerns that fall short of the substantial risk mark — which would preclude a release order — will remain relevant under the public confidence component and can, in some cases, tip the scale in favour of detention: *R. v. Rhyason*, 2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193, at para. 15; *R. v. Roussin*, 2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46, at para. 34. The same holds true for lingering flight risks that do not rise to the substantial risk level under s. 679(3)(b). By the same token, the absence of flight or public safety risks will attenuate the enforceability interest.

son procès. Il en va de même pour la mise en liberté sous caution jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel. En ce qui concerne le volet de l'al. 679(3)c relatif à la confiance du public, je ne vois pas pourquoi la gravité du crime pour lequel une personne a été reconnue coupable ne devrait pas jouer un rôle équivalent dans l'appréciation de l'intérêt relatif à la force exécutoire des jugements.

[38] Gardant cela à l'esprit, je reviens à l'al. 515(10)c), où le législateur a énoncé trois facteurs qui permettent de déterminer la gravité d'un crime : la gravité de l'infraction, les circonstances entourant sa perpétration et la durée possible de l'emprisonnement (sous-al. 515(10)c)(ii), (iii) et (iv)). À mon avis, ces facteurs sont facilement transposables à l'al. 679(3)c), à la seule différence que, contrairement à ce qui se passe dans le contexte antérieur au procès, le juge d'appel bénéficiera généralement des motifs exposés par le juge du procès lors de la détermination de la peine, motifs dans lesquels ce dernier aura examiné les trois facteurs relatifs à la gravité du crime. En règle générale, le juge d'appel n'a pas besoin de refaire cet exercice.

[39] Je m'arrête ici pour souligner que, bien que la gravité du crime pour lequel le délinquant a été reconnu coupable joue un rôle important dans l'appréciation de l'intérêt lié à la force exécutoire des jugements, d'autres facteurs devraient aussi être pris en considération lorsque cela est indiqué. Par exemple, des préoccupations relatives à la sécurité du public ne constituant pas un risque important — risque qui ferait obstacle à une ordonnance de mise en liberté — demeureront pertinentes à l'égard du volet de la confiance du public et pourront, dans certains cas, faire pencher la balance en faveur de la détention (*R. c. Rhyason*, 2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193, par. 15; *R. c. Roussin*, 2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46, par. 34). Il en va de même pour les risques de fuite persistants qui ne correspondent pas au risque important visé à l'al. 679(3)b). Dans le même ordre d'idées, l'absence de risques de fuite ou de risques pour la sécurité du public atténuera l'intérêt lié à la force exécutoire des jugements.

(c) *The Reviewability Interest*

[40] The remaining factor that Parliament has identified as informing public confidence under s. 515(10)(c) is the strength of the prosecution’s case (s. 515(10)(c)(i)). In the appellate context, this translates into the strength of the grounds of appeal — and, as I will explain, in assessing the reviewability interest, the strength of an appeal plays a central role. I say this mindful of the fact that some authorities have expressed concerns about assessing the merits of an appeal beyond the s. 679(3)(a) “not frivolous” criterion: see *R. v. Allen*, 2001 NFCA 44, 158 C.C.C. (3d) 225, at paras. 31-52; *Parsons*, at paras. 55-59. With respect, I do not see this as a problem.

[41] In my view, allowing a more pointed consideration of the strength of an appeal for purposes of assessing the reviewability interest does not render the “not frivolous” criterion in s. 679(3)(a) meaningless. On the contrary, the “not frivolous” criterion operates as an initial hurdle that produces a categorical “yes” or “no” answer, allowing for the immediate rejection of a release order in the face of a baseless appeal.<sup>2</sup>

[42] Justice Donald put the matter succinctly, and in my view correctly, in *Porisky*, at para. 37:

<sup>2</sup> While it is not before us, a similar function may be fulfilled by the “sufficient merit” requirement for bail pending a sentence appeal under s. 679(4)(a) of the *Code*. That provision reads:

679 ...

(4) In the case of an appeal [from sentence], the judge of the court of appeal may order that the appellant be released pending the determination of his appeal or until otherwise ordered by a judge of the court of appeal if the appellant establishes that

(a) the appeal has sufficient merit that, in the circumstances, it would cause unnecessary hardship if he were detained in custody;

c) *L’intérêt lié au caractère révisable des jugements*

[40] Le dernier facteur que le législateur reconnaît, à l’al. 515(10)c), comme facteur qui sous-tend la confiance du public est la solidité du dossier du poursuivant (« le fait que l’accusation paraît fondée »; sous-al. 515(10)c)(i)). Dans le contexte d’un appel, cela correspond à l’existence de moyens d’appel solides et, comme je l’expliquerai plus loin, la solidité de l’appel joue un rôle central dans l’appréciation de l’intérêt relatif au caractère révisable des jugements. Je dis cela en étant conscient que, dans certains jugements, des réserves ont été exprimées en ce qui concerne une appréciation du mérite de l’appel qui serait plus exigeante que le critère de « non-futilité » énoncé à l’al. 679(3)a) (voir *R. c. Allen*, 2001 NFCA 44, 158 C.C.C. (3d) 225, par. 31-52; *Parsons*, par. 55-59). En toute déférence, je ne vois aucun problème à de telles appréciations.

[41] À mon avis, le fait de permettre un examen plus poussé de la solidité de l’appel pour l’appréciation de l’intérêt relatif au caractère révisable des jugements ne vide pas de son sens le critère de « non-futilité » énoncé à l’al. 679(3)a). Au contraire, ce critère constitue une première étape qui aboutit à un « oui » ou à un « non » catégorique, ce qui permet de refuser immédiatement une ordonnance de mise en liberté lorsque l’appel est dénué de fondement<sup>2</sup>.

[42] Le juge d’appel Donald a présenté la question de manière succincte et à mon avis correcte dans l’arrêt *Porisky*, par. 37 :

<sup>2</sup> Bien que nous ne soyons pas saisis de cette question, il convient de noter que l’exigence prévue à l’al. 679(4)a) du *Code* — selon laquelle, pour pouvoir obtenir une mise en liberté sous caution en attendant qu’il soit statué sur l’appel d’une sentence, l’appel doit être « suffisamment justifié » — pourrait jouer un rôle semblable. Cette disposition est libellée comme suit :

679 ...

(4) Dans le cas d’un appel [d’une sentence], le juge de la cour d’appel peut ordonner que l’appelant soit mis en liberté en attendant la décision de son appel ou jusqu’à ce qu’il en soit autrement ordonné par un juge de la cour d’appel, si l’appelant établit à la fois :

(a) que l’appel est suffisamment justifié pour que, dans les circonstances, sa détention sous garde constitue une épreuve non nécessaire;

The express mention of “not frivolous” in s. 679(3)(a) and “sufficient merit” in s. 679(4)(a) does not, in my view, foreclose consideration of the merits for a purpose other than a threshold test. Once over the threshold, the applicant faces the question of the public interest, a phrase not defined in the legislation but which had to be given some limits if it was to survive constitutional scrutiny. That is what *Farinacci* did. In setting boundaries for the public interest criterion, in particular the public confidence element, *Farinacci* employed the merits assessment for a purpose different from the threshold test. So I see no redundancy; nor do I doubt our authority to consider the merits as part of the public confidence question.

See also: *R. v. Delisle*, 2012 QCCA 1250, at paras. 4 and 52 (CanLII).

[43] Gary T. Trotter, now a Justice of the Court of Appeal for Ontario, reached a similar conclusion in his article “Bail Pending Appeal: The Strength of the Appeal and the Public Interest Criterion” (2001), 45 C.R. (5th) 267, where he explained:

... realistically, most cases do not raise strong claims regarding the public interest, at least not beyond the general concern that all criminal judgments ought to be enforced. ... However, when an offence is serious, as with murder cases, such that public concern about enforceability is ignited, there should be a more probing inquiry into the chances of success on appeal. It is in this context that the balancing required by *Farinacci* requires some assessment of the merits, separate from the question of whether the appeal is frivolous or not. [Footnotes omitted; p. 270.]

[44] In conducting a more pointed assessment of the strength of an appeal, appellate judges will examine the grounds identified in the notice of appeal with an eye to their general legal plausibility and their foundation in the record. For purposes of this assessment, they will look to see if the grounds of appeal clearly surpass the minimal standard required to meet the “not frivolous” criterion. In my view,

[TRANSLATION] L’utilisation expresse des termes « pas futile » à l’al. 679(3)a) et « suffisamment justifié » à l’al. 679(4)a) n’empêche pas selon moi de considérer le mérite de l’appel dans un autre but que l’application du critère préliminaire. Une fois qu’il a satisfait à ce critère, le demandeur doit répondre à la question de l’intérêt public, expression non définie dans la loi, mais que l’on doit circonscrire si l’on veut qu’elle résiste à un examen constitutionnel. C’est ce qui a été fait dans l’arrêt *Farinacci*. En assortissant de limites le critère de l’intérêt public — en particulier l’élément relatif à la confiance du public — dans cet arrêt, le tribunal a apprécié le mérite de l’appel dans un but différent de l’application du critère préliminaire. Il n’y a donc à mon avis aucune redondance, et je ne doute pas non plus que nous ayons compétence pour considérer le mérite de l’appel dans l’examen de la question de la confiance du public.

Voir aussi : *R. c. Delisle*, 2012 QCCA 1250, par. 4 et 52 (CanLII).

[43] Gary T. Trotter, maintenant juge à la Cour d’appel de l’Ontario, est parvenu à une conclusion analogue dans son article « Bail Pending Appeal : The Strength of the Appeal and the Public Interest Criterion » (2001), 45 C.R. (5th) 267, dans lequel il a donné les explications suivantes :

[TRANSLATION] ... de façon réaliste, la plupart des affaires ne donnent pas lieu à la présentation d’arguments solides basés sur l’intérêt public, à tout le moins d’arguments qui débordent le souci général que tous les jugements en matière criminelle soient exécutés. [...] Toutefois, en présence d’une infraction grave, par exemple dans une affaire de meurtre, qui fait naître chez le public des préoccupations en ce qui a trait à l’exécution du jugement, il devrait y avoir un examen plus poussé des chances de succès de l’appel. C’est dans ce contexte que la mise en balance requise par *Farinacci* exige qu’on apprécie dans une certaine mesure le mérite de l’appel, indépendamment de la question de savoir si l’appel est futile ou non. [Notes en bas de page omises; p. 270.]

[44] En effectuant une appréciation plus poussée de la solidité de l’appel, les juges d’appel examineront les moyens mentionnés dans l’avis d’appel en tenant compte de leur plausibilité générale en droit et des éléments au dossier sur lesquels ils reposent. Lors de cette appréciation, ils se demanderont si les moyens d’appel vont clairement au delà des exigences minimales requises pour qu’il soit satisfait

categories and grading schemes should be avoided. Phrases such as “a prospect of success”, “a moderate prospect of success”, or “a realistic prospect of success” are generally not helpful. Often, they amount to little more than wordsmithing. Worse yet, they are liable to devolve into a set of complex rules that appellate judges will be obliged to apply in assessing the category into which a particular appeal falls.

[45] In the end, appellate judges can be counted on to form their own “preliminary assessment” of the strength of an appeal based upon their knowledge and experience. This assessment, it should be emphasized, is not a matter of guesswork. It will generally be based on material that counsel have provided, including aspects of the record that are pertinent to the grounds of appeal raised, along with relevant authorities. In undertaking this exercise, appellate judges will of course remain mindful that our justice system is not infallible and that a meaningful review process is essential to maintain public confidence in the administration of justice. Thus, there is a broader public interest in reviewability that transcends an individual’s interest in any given case.

[46] As a final matter, I note that the remedy sought on appeal may also inform the reviewability interest. For example, if a successful appeal can result only in a murder conviction being reduced to manslaughter, this will lessen the interest in reviewability, even if the grounds of appeal appear to be strong: *R. v. Meda* (1981), 23 C.R. (3d) 174 (B.C.C.A.); *R. v. Olsen* (1996), 94 O.A.C. 62, at para. 5; *R. v. Roe*, 2008 BCCA 253, 256 B.C.A.C. 308, at para. 14; *R. v. Lees*, 1999 BCCA 441, 127 B.C.A.C. 280, at paras. 4-5.

au critère de « non-futilité ». À mon avis, il faut éviter de créer des catégories et des systèmes de classification. Des expressions comme « des chances de succès », « des chances modérées de succès » ou « des chances réelles de succès » ne sont généralement pas utiles. Elles ne constituent souvent guère plus qu’un exercice sémantique. Pire encore, elles risquent d’évoluer en une série de règles complexes que les juges d’appel seront obligés d’appliquer pour déterminer la catégorie à laquelle appartient un appel donné.

[45] En fin de compte, on peut s’en remettre aux juges d’appel pour qu’ils effectuent leur propre « appréciation préliminaire » de la solidité d’un appel sur la base de leurs connaissances et de leur expérience. Cette appréciation, il convient de le souligner, n’est pas le fruit de conjectures. Elle se fonde généralement sur les documents que les avocats ont fournis, notamment des éléments du dossier qui sont pertinents relativement aux moyens d’appel soulevés, ainsi que sur la jurisprudence et d’autres sources pertinentes. En procédant à cet exercice, les juges d’appel garderont bien sûr à l’esprit que notre système de justice n’est pas infallible et qu’un processus véritable de révision est essentiel pour ne pas miner la confiance du public envers l’administration de la justice. Il existe donc un intérêt public plus large en faveur du caractère révisable des jugements qui transcende l’intérêt de l’individu concerné à cet égard dans un cas donné.

[46] Pour terminer, je tiens à souligner que la réparation sollicitée en appel peut aussi jouer un rôle dans l’appréciation de l’intérêt relatif au caractère révisable des jugements. Si, par exemple, un appel fructueux aura uniquement pour effet de réduire la déclaration de culpabilité pour meurtre à une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable, ce facteur amoindrira l’intérêt relatif au caractère révisable des jugements, et ce, même si les moyens d’appel paraissent solides (*R. c. Meda* (1981), 23 C.R. (3d) 174 (C.A. C.-B.); *R. c. Olsen* (1996), 94 O.A.C. 62, par. 5; *R. c. Roe*, 2008 BCCA 253, 256 B.C.A.C. 308, par. 14; *R. c. Lees*, 1999 BCCA 441, 127 B.C.A.C. 280, par. 4-5).



(d) *The Final Balancing*

[47] Appellate judges are undoubtedly required to draw on their legal expertise and experience in evaluating the factors that inform public confidence, including the strength of the grounds of appeal, the seriousness of the offence, public safety and flight risks. However, when conducting the final balancing of these factors, appellate judges should keep in mind that public confidence is to be measured through the eyes of a reasonable member of the public. This person is someone who is thoughtful, dispassionate, informed of the circumstances of the case and respectful of society's fundamental values: *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at paras. 74-80. In that sense, public confidence in the administration of justice must be distinguished from uninformed public opinion about the case, which has no role to play in the decision to grant bail or not.

[48] In balancing the tension between enforceability and reviewability, appellate judges should also be mindful of the anticipated delay in deciding an appeal, relative to the length of the sentence: *R. v. Baltovich* (2000), 47 O.R. (3d) 761 (C.A.), at paras. 41-42. Where it appears that all, or a significant portion, of a sentence will be served before the appeal can be heard and decided, bail takes on greater significance if the reviewability interest is to remain meaningful. In such circumstances, however, where a bail order is out of the question, appellate judges should consider ordering the appeal expedited under s. 679(10) of the *Code*. While this may not be a perfect solution, it provides a means of preserving the reviewability interest at least to some extent.

[49] In the final analysis, there is no precise formula that can be applied to resolve the balance between enforceability and reviewability. A qualitative and contextual assessment is required. In

d) *La mise en balance finale*

[47] Les juges d'appel sont indubitablement tenus de se fonder sur leur expertise et leur expérience en droit pour apprécier les facteurs qui sous-tendent la confiance du public, notamment la solidité des moyens d'appel, la gravité de l'infraction, la sécurité du public et les risques que l'accusé s'enfuie. Toutefois, lorsqu'ils effectuent la mise en balance finale de ces facteurs, les juges d'appel devraient garder à l'esprit que la confiance du public doit être mesurée du point de vue d'un membre raisonnable du public. Il s'agit d'une personne réfléchie, impartiale, bien informée sur les circonstances de l'affaire et respectueuse des valeurs fondamentales de la société (*R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 74-80). En ce sens, la confiance du public envers l'administration de la justice ne saurait être mesurée à l'aune d'une opinion publique mal informée à l'égard du dossier, une telle opinion publique n'ayant aucun rôle à jouer dans la décision d'accorder ou non une mise en liberté sous caution.

[48] Pour résoudre la tension entre le principe de la force exécutoire des jugements et celui de leur caractère révisable, les juges d'appels doivent aussi garder à l'esprit le délai prévu pour que soit tranché l'appel par rapport à la durée de la peine (*R. c. Baltovich* (2000), 47 O.R. (3d) 761 (C.A.), par. 41-42). Lorsqu'il appert que la totalité de la peine, ou une partie appréciable de celle-ci, sera purgée avant que l'appel soit entendu et tranché, la mise en liberté sous caution revêt une plus grande importance si l'on veut que l'intérêt lié au caractère révisable des jugements ait une signification. Toutefois, dans de telles circonstances, lorsqu'il est hors de question d'ordonner une mise en liberté sous caution, les juges d'appel doivent envisager la possibilité de rendre, en vertu du par. 679(10) du *Code*, une ordonnance visant à hâter l'appel. Cette solution n'est peut-être pas parfaite, mais elle permet de préserver, du moins dans une certaine mesure, l'intérêt relatif au caractère révisable des jugements.

[49] En dernière analyse, il n'existe pas de formule précise qui puisse être appliquée pour résoudre la tension entre le principe de la force exécutoire des jugements et celui du caractère révisable de ceux-ci.

this regard, I would reject a categorical approach to murder or other serious offences, as proposed by certain interveners. Instead, the principles that I have discussed should be applied uniformly.

[50] That said, where the applicant has been convicted of murder or some other very serious crime, the public interest in enforceability will be high and will often outweigh the reviewability interest, particularly where there are lingering public safety or flight concerns and/or the grounds of appeal appear to be weak: *R. v. Mapara*, 2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312, at para. 38; *Baltovich*, at para. 20; *Parsons*, at para. 44.

[51] On the other hand, where public safety or flight concerns are negligible, and where the grounds of appeal clearly surpass the “not frivolous” criterion, the public interest in reviewability may well overshadow the enforceability interest, even in the case of murder or other very serious offences.

[52] Before applying these principles to the case at hand, I propose to address the principles that govern a review hearing under s. 680(1) of the *Code*.

C. *The Review Hearing Under Section 680(1) of the Criminal Code*

[53] In this case, s. 680(1) of the *Code* operates as a review mechanism for an order of a single judge of the Court of Appeal made under s. 679(3). I note, however, that the provision applies as well to certain pre-trial bail orders made by superior court judges for various offences, including murder. For convenience, s. 680(1) is reproduced below:

Une appréciation qualitative et contextuelle est requise. Sur cette question, je rejetterais l’application d’une approche par catégories à l’égard des meurtres ou d’autres infractions graves, approche que proposent certains intervenants. Au contraire, j’estime que les principes que j’ai examinés précédemment devraient être appliqués uniformément.

[50] Cela dit, lorsque le demandeur a été déclaré coupable de meurtre ou d’un autre crime très grave, l’intérêt du public relatif à la force exécutoire des jugements sera élevé et l’emportera souvent sur l’intérêt lié au caractère révisable de ceux-ci, particulièrement dans les cas où il existe des préoccupations persistantes en matière de sécurité publique ou de risques de fuite, où les moyens d’appel semblent faibles, ou les deux (*R. c. Mapara*, 2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312, par. 38; *Baltovich*, par. 20; *Parsons*, par. 44).

[51] En revanche, lorsque les préoccupations en matière de sécurité publique ou de risques de fuite sont négligeables, et que les moyens d’appel vont clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité », l’intérêt du public lié au caractère révisable des jugements peut très bien l’emporter sur l’intérêt lié à la force exécutoire de ceux-ci, même en cas de meurtre ou d’une autre infraction très grave.

[52] Avant d’appliquer ces principes à l’affaire qui nous occupe, je propose d’examiner les principes qui régissent l’audience de révision prévue au par. 680(1) du *Code*.

C. *L’audience de révision prévue au par. 680(1) du Code criminel*

[53] En l’espèce, le par. 680(1) du *Code* prévoit un mécanisme de révision pour les ordonnances rendues en vertu du par. 679(3) par un juge de la Cour d’appel siégeant seul. Je note toutefois que la disposition s’applique également à certaines ordonnances relatives à la mise en liberté sous caution rendues avant le procès par un juge d’une cour supérieure pour diverses infractions, dont le meurtre. Pour plus de commodité, je reproduis ci-après le par. 680(1) :

**680 (1)** A decision made by a judge under section 522 or subsection 524(4) or (5) or a decision made by a judge of the court of appeal under section 261 or 679 may, on the direction of the chief justice or acting chief justice of the court of appeal, be reviewed by that court and that court may, if it does not confirm the decision,

- (a) vary the decision; or
- (b) substitute such other decision as, in its opinion, should have been made.

[54] As the provision makes clear, the review process consists of two stages: first, an initial vetting by the chief justice; and second, a review by the court, if directed by the chief justice. In practice, the review will generally be conducted by a panel of three judges, as it was in this case.

[55] The nature of the review and the standard to be applied by the panel in deciding whether to interfere with the impugned order are factors that the chief justice is likely to take into account in carrying out his or her initial screening function. Accordingly, I find it useful to address the review panel's mandate before addressing the chief justice's screening function.

(1) Panel Review

[56] The parties disagree on the principles governing a s. 680(1) panel review. Mr. Oland and the intervenor Criminal Lawyers' Association (Ontario) ("CLA") submit that a standard of correctness should apply, meaning that the panel should engage in a robust review of the record and come to its own independent determination, irrespective of whether the single judge's decision was tainted by legal error. The respondent Crown and the Attorneys General of Ontario and Alberta submit that a more deferential standard is appropriate — one in which an error of law or principle must be found before intervention will be warranted.

**680 (1)** Une décision rendue par un juge en vertu de l'article 522 ou des paragraphes 524(4) ou (5) ou une décision rendue par un juge de la cour d'appel en vertu des articles 261 ou 679 peut, sur l'ordre du juge en chef ou du juge en chef suppléant de la cour d'appel, faire l'objet d'une révision par ce tribunal et celui-ci peut, s'il ne confirme pas la décision :

- a) ou bien modifier la décision;
- b) ou bien substituer à cette décision telle autre décision qui, à son avis, aurait dû être rendue.

[54] Comme l'indique clairement cette disposition, le processus de révision comporte deux étapes : premièrement, un filtrage initial par le juge en chef, et, deuxièmement, une révision par la cour, si le juge en chef en donne l'ordre. En pratique, la révision sera généralement effectuée par une formation de trois juges, comme cela a été le cas en l'espèce.

[55] La nature de la révision et la norme qui doit être appliquée par la formation pour décider s'il convient ou non de modifier l'ordonnance contestée sont des facteurs que le juge en chef est susceptible de prendre en compte dans l'exercice de sa fonction de filtrage initial. Par conséquent, il est utile à mon avis d'examiner le mandat de la formation de révision avant de se pencher sur la fonction de filtrage du juge en chef.

(1) Révision par la formation

[56] Les parties ne s'entendent pas sur les principes qui régissent la révision effectuée par la formation en vertu du par. 680(1). M. Oland et l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario) (« CLA ») soutiennent que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, à savoir que la formation devrait procéder à un examen rigoureux du dossier et parvenir à sa propre décision de façon indépendante, que la décision rendue par le juge siégeant seul soit ou non viciée par une erreur de droit. Le ministère public intimé et les procureurs généraux de l'Ontario et de l'Alberta affirment pour leur part qu'il convient d'appliquer une norme plus déférente — une norme selon laquelle l'intervention n'est justifiée qu'en présence d'une erreur de droit ou de principe.

[57] In support of their position, Mr. Oland and the CLA make two main submissions. First, they point to ss. 520 and 521 of the *Code* — the bail review provisions that apply at the trial stage. Unlike s. 680(1), those provisions require the applicant to “show cause” to succeed on a bail review. In *St-Cloud*, this Court observed that the words “show cause” signal a less interventionist, more deferential approach to bail reviews at the trial stage. In doing so, the Court noted the absence of similar language in s. 680(1) (paras. 97-104). Hence, it is argued that s. 680(1) should be interpreted as invoking a less deferential standard than the standard applicable at trial.

[58] I would not give effect to this argument. While the words “show cause” are not found in s. 680(1), I am not convinced that their absence is as significant as Mr. Oland and the CLA suggest. In the context of a review provision, I would have expected more explicit language than the language used in s. 680(1), if Parliament intended the review to be a process in which the panel could, without more, simply substitute its opinion for that of the judge. In so concluding, I note that in *St-Cloud*, at para. 104, Wagner J. for the Court stated that his comments were not determinative of the type of review contemplated by s. 680(1).

[59] Second, Mr. Oland and the CLA submit that the constitutionality of s. 679(3)(c) hinges on the existence of a robust correctness review. They base this submission on an excerpt from *Farinacci*, where Arbour J.A. stated, at p. 47:

[57] À l’appui de leur thèse, M. Oland et la CLA présentent deux arguments principaux. Premièrement, ils renvoient aux art. 520 et 521 du *Code*, les dispositions qui s’appliquent, à l’étape du procès, à la révision des ordonnances relatives à la mise en liberté sous caution. Contrairement au par. 680(1), ces dispositions obligent la personne qui demande à un juge de réviser une telle ordonnance à « fai[re] valoir des motifs justifiant de le faire » pour que sa demande soit accueillie. Dans l’arrêt *St-Cloud*, notre Cour a souligné que les mots « fait valoir des motifs justifiant de le faire » traduisent la volonté que l’approche soit moins interventionniste et plus déférente pour la révision des ordonnances relatives à la mise en liberté sous caution au stade du procès. Ce faisant, elle a fait remarquer que le libellé du par. 680(1) ne renfermait pas de termes semblables (par. 97-104). Par conséquent, il faudrait, plaident-ils, considérer que le par. 680(1) requiert l’application d’une norme moins déférente que celle applicable à l’étape du procès.

[58] Je ne puis accepter cet argument. Bien que les mots « fait valoir des motifs justifiant de le faire » ne figurent pas au par. 680(1), je ne suis pas convaincu que leur absence soit aussi importante que M. Oland et la CLA le prétendent. Dans le contexte d’une disposition en matière de révision, je me serais attendu à un texte plus explicite que celui figurant au par. 680(1) si le législateur avait voulu établir un processus de révision dans lequel la formation pourrait, sans plus, simplement substituer son opinion à celle du juge. En concluant ainsi, je souligne que, dans l’arrêt *St-Cloud*, le juge Wagner, qui s’exprimait alors au nom de la Cour, a précisé au par. 104 que ses observations n’étaient pas déterminantes quant au type de révision que prévoit le par. 680(1).

[59] Deuxièmement, M. Oland et la CLA font valoir que la constitutionnalité de l’al. 679(3)c) tient à l’existence d’un examen rigoureux fondé sur la norme de la décision correcte. Ils fondent cet argument sur un extrait de l’arrêt *Farinacci*, où la juge Arbour a écrit ceci à la p. 47 :

Although its application is often not free from difficulty, and although judges may differ in its application, it is a standard against which the correctness of individual decisions can be assessed. In contrast, a standardless sweep would preclude any debate regarding the correctness of a decision made under its authority as it would authorize judges to pursue their own personal predilections. [Emphasis added.]

[60] I do not find this reference to be persuasive. In *Farinacci*, the Court of Appeal was focused on the constitutionality of s. 679(3)(c), a matter that does not concern us in this appeal. Moreover, the argument assumes that correctness is the only form of meaningful review which can protect against vagueness. While the availability of review may have been important to the Court of Appeal in considering the constitutionality of s. 679(3)(c), it does not follow that the nature of that review must invoke a correctness standard along the lines suggested by Mr. Oland and the CLA. In any event, in the absence of a constitutional challenge, I do not consider it necessary to decide this issue beyond concluding that the comments of the Court of Appeal are not dispositive in settling the nature of review contemplated under s. 680(1).

[61] Ultimately, in my view, a panel reviewing a decision of a single judge under s. 680(1) should be guided by the following three principles. First, absent palpable and overriding error, the review panel must show deference to the judge's findings of fact. Second, the review panel may intervene and substitute its decision for that of the judge where it is satisfied that the judge erred in law or in principle, and the error was material to the outcome. Third, in the absence of legal error, the review panel may intervene and substitute its decision for that of the judge where it concludes that the decision was clearly unwarranted.

[62] This approach allows for meaningful review while extending a measure of deference to the judge's decision. It also achieves symmetry with the review

[TRANSLATION] Bien que son application ne soit souvent pas exempte de difficultés et qu'elle puisse différer en fonction du juge, cette norme permet d'évaluer le caractère correct de décisions individuelles. En revanche, si le contrôle s'effectuait sans recours à une norme, il ne pourrait y avoir de débat sur le caractère correct d'une décision prise sous le régime de cette norme, puisque les juges se verraient autorisés à faire prévaloir leurs préférences personnelles. [Je souligne.]

[60] Je ne trouve pas cet extrait convaincant. Dans *Farinacci*, la Cour d'appel s'est attachée à la constitutionnalité de l'al. 679(3)c), une question qui ne nous intéresse pas en l'espèce. De plus, l'argument suppose qu'une révision selon la norme de la décision correcte est la seule forme d'examen valable pour contrer l'imprécision. Bien que l'existence d'un recours en révision ait pu être un facteur important pour la Cour d'appel dans son examen de la constitutionnalité de l'al. 679(3)c), il ne s'ensuit pas que la nature de cette révision exige l'application d'une norme de la décision correcte conforme à celle que suggèrent M. Oland et la CLA. Quoiqu'il en soit, en l'absence de contestation constitutionnelle, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de se prononcer sur cette question, si ce n'est pour conclure que les observations de la Cour d'appel ne permettent pas de trancher la question de la nature de la révision visée au par. 680(1).

[61] En dernière analyse, je suis d'avis que les trois principes suivants devraient guider la formation chargée de réviser, en vertu du par. 680(1), la décision rendue par un juge siégeant seul. Premièrement, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, la formation de révision doit faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du juge. Deuxièmement, elle peut intervenir et substituer sa décision à celle du juge lorsqu'elle est convaincue que celui-ci a commis une erreur de droit ou de principe, et que cette erreur était importante quant à l'issue de l'affaire. Troisièmement, en l'absence d'une erreur de droit, la formation de révision peut intervenir et substituer sa décision à celle du juge dans les cas où elle conclut que celle-ci était clairement injustifiée.

[62] Cette approche permet une véritable révision tout en prévoyant qu'une certaine déférence s'impose à l'égard de la décision du juge. Elle assure aussi

process at the trial stage, save for those offences identified in s. 469 of the *Code*, for which the review process is governed by s. 680(1). This symmetry is important because, as Gary T. Trotter explains in *The Law of Bail in Canada*, it avoids an anomaly that would otherwise result:

Focusing on the review of pre-trial bail orders, endorsing a correctness standard in the application of s. 680 creates differential standards of review for s. 469 vs. non-469 offences. It will allow a more generous scope of review in respect of the most serious offences in the *Criminal Code*. . . . There is no principled reason that supports a situation where someone detained on a murder charge enjoys a broader scope of review under s. 680 when compared to a person charged with manslaughter or attempted murder (both non-s. 469 offences) who is dealt with under the narrower s. 520. [p. 8-31]

(2) The Chief Justice's Discretion to Direct a Review

[63] There is no formal procedure in the *Code* governing the chief justice's decision to direct a panel review. We are told that courts of appeal have adopted different approaches and levels of formality. The procedural aspects of the gatekeeping function are not before us and I do not propose to address them. Some guidance can, however, be given as to the test a chief justice should apply in deciding whether to direct a panel review.

[64] The test, as I see it, should be relatively straightforward in its application. It flows from the principles the panel is required to apply when conducting a review. In short, the chief justice should consider directing a review where it is arguable that the judge committed material errors of fact or law in arriving at the impugned decision, or that the

une symétrie avec le processus de révision applicable au stade du procès, sauf en ce qui concerne les infractions mentionnées à l'art. 469 du *Code*, pour lesquelles ce processus est régi par le par. 680(1). Cette symétrie est importante parce que, comme Gary T. Trotter l'explique dans son ouvrage intitulé *The Law of Bail in Canada*, elle permet d'éviter une anomalie :

[TRADUCTION] Si l'on s'attache à la révision des ordonnances relatives à la mise en liberté sous caution rendues avant le procès, le fait d'adopter la norme de la décision correcte pour les besoins de l'art. 680 se traduit par l'application de normes de révision différentes pour les infractions visées à l'art. 469 et pour celles qui ne le sont pas. Cela aura pour effet d'autoriser une révision de portée plus large à l'égard des infractions les plus graves du *Code criminel*. [. . .] Aucune raison logique ne justifie une situation où une personne détenue par suite d'une accusation de meurtre jouirait d'une révision de portée plus large en vertu de l'art. 680 qu'une personne accusée d'homicide involontaire coupable ou de tentative de meurtre (deux infractions non visées à l'art. 469), personne relevant du régime plus étroit de l'art. 520. [p. 8-31]

(2) Le pouvoir discrétionnaire du juge en chef d'ordonner une révision

[63] Le *Code* ne prévoit aucune procédure précise en ce qui concerne la décision du juge en chef d'ordonner une révision par une formation. On nous rapporte que les cours d'appel ont adopté différentes approches et différents degrés de formalisme. On ne nous a pas demandé de nous prononcer sur les aspects procéduraux de la fonction de gardien du processus judiciaire qu'exerce le juge en chef, et je n'entends pas le faire. Il est cependant possible de donner certaines précisions sur le critère que ce dernier devrait appliquer pour décider s'il convient ou non d'ordonner une révision par une formation.

[64] À mon sens, ce critère devrait être relativement simple à appliquer. Il découle des principes que la formation doit appliquer pour effectuer une révision. En résumé, le juge en chef devrait envisager d'ordonner une révision dans les cas où il est possible de soutenir que le juge a commis des erreurs importantes de fait ou de droit lorsqu'il a rendu la

impugned decision was clearly unwarranted in the circumstances.

#### V. Application to This Case

[65] By all accounts, aside from the seriousness of the offence for which Mr. Oland was convicted, he presented as an ideal candidate for bail. The notoriety of this case, which stemmed largely from his prominence in the community, and any uninformed public opinion about it, were rightly ignored by the appeal judge. Mr. Oland, I emphasize, was entitled to the same treatment as someone less prominent.

[66] In the circumstances, there is considerable merit to Mr. Oland's submission that if *he* did not qualify for release, no one convicted of a similarly serious offence would ever be released, absent a showing of unique or exceptionally strong grounds of appeal. That cannot be right. Parliament did not restrict the availability of bail pending appeal for persons convicted of murder or any other serious crime and courts should respect this. Thus, for the purposes of s. 679(3)(c), even in the case of very serious offences, where there are no public safety or flight concerns and the grounds of appeal clearly surpass the "not frivolous" criterion, a court may well conclude that the reviewability interest overshadows the enforceability interest such that detention will not be necessary in the public interest.

[67] Every case is different and there may be operative factors in other cases, such as a prior criminal record, public safety and flight risk concerns, or a weaker release plan, which could raise concerns warranting detention. Emphatically, a contextual

décision contestée, ou que celle-ci était clairement injustifiée dans les circonstances.

#### V. Application à l'espèce

[65] Mis à part la gravité de l'infraction pour laquelle il a été déclaré coupable, M. Oland paraissait, de l'avis général, un candidat idéal pour une mise en liberté sous caution. C'est à juste titre que le juge d'appel a fait abstraction de la notoriété de l'affaire — laquelle découlait en grande partie du fait que M. Oland était une personne bien en vue dans la collectivité — et de toute opinion publique mal informée au sujet de celle-ci. Je tiens à souligner que M. Oland avait le droit d'être traité de la même manière qu'une personne moins connue que lui.

[66] Dans les circonstances, un mérite considérable doit être accordé à l'argument de M. Oland selon lequel si *lui* ne satisfait pas aux critères de la mise en liberté sous caution, aucune personne déclarée coupable d'une infraction d'une gravité semblable ne sera jamais libérée sous caution en l'absence de moyens d'appel hors du commun ou exceptionnellement solides. Une telle situation ne serait pas acceptable. Le législateur n'a pas restreint la possibilité pour les personnes reconnues coupables de meurtre ou de tout autre crime grave d'obtenir une mise en liberté sous caution en attendant l'issue de leur appel, et les tribunaux devraient respecter cela. En conséquence, pour l'application de l'al. 679(3)c) et même dans le cas d'infractions très graves, lorsqu'il n'existe pas de préoccupations en matière de sécurité publique ou de risques de fuite et que les moyens d'appel vont clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité », un tribunal peut fort bien conclure que l'intérêt relatif au caractère révisable des jugements l'emporte sur l'intérêt lié à la force exécutoire de ceux-ci et que, pour cette raison, la détention ne sera pas nécessaire dans l'intérêt public.

[67] Chaque cas est différent et il pourrait y avoir des facteurs clés dans d'autres affaires, par exemple l'existence d'antécédents judiciaires, des préoccupations en matière de sécurité publique et de risques de fuite, ou encore un plan de libération peu solide,

analysis that can account for these differences is required.

[68] In this case, the appeal judge was satisfied that there were no appreciable public safety or flight risk concerns and the grounds of appeal were “clearly arguable” — which I take to mean that they clearly surpassed the “not frivolous” criterion. Those findings are not challenged on appeal. In addition, the appeal judge overlooked what I consider to be an important finding made by the trial judge, namely, that in the circumstances, Mr. Oland’s crime gravitated more toward the offence of manslaughter than to first degree murder. This finding was important because it served to lessen Mr. Oland’s degree of moral blameworthiness, thereby attenuating the seriousness of the crime and hence the enforceability interest. In my view, the cumulative effect of these considerations ought to have tipped the scale in favour of release. In other words, Mr. Oland’s detention was clearly unwarranted and the Court of Appeal erred in failing to intervene.

[69] While that is sufficient to dispose of this appeal, I feel obliged to identify a legal error that the appeal judge made in his analysis. In particular, his reasons indicate that he did not apply the correct test in assessing the strength of Mr. Oland’s appeal and the implications flowing from it. Much as he was satisfied that Mr. Oland had raised “clearly arguable” grounds of appeal, this was not enough. As the following excerpt from his reasons shows, he required more, something in the nature of unique circumstances that would have virtually assured a new trial or an acquittal:

In the end, the reasonable member of the public, looking at this dispassionately, would balance the fact that the offence for which Mr. Oland was convicted ranks among the most serious in the *Criminal Code*, as well as the brutality with which the offence was committed and the trial

qui pourraient susciter des inquiétudes justifiant une détention. Il est évident qu’une analyse contextuelle permettant de tenir compte de ces différences est nécessaire.

[68] En l’espèce, le juge d’appel était convaincu qu’il n’existait aucune préoccupation importante en matière de sécurité publique ou de risques de fuite et que les moyens d’appel pouvaient « nettement être soutenus », ce qui, à mon avis, signifie qu’ils allaient clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité ». Ces conclusions ne sont pas contestées en appel. En outre, le juge d’appel a fait abstraction de ce que je considère être une conclusion importante tirée par le juge du procès, à savoir que, dans les circonstances, le crime commis par M. Oland se rapprochait davantage de l’infraction d’homicide involontaire coupable que de celle de meurtre au premier degré. Cette conclusion était importante parce qu’elle contribuait à réduire le degré de culpabilité morale de M. Oland, et qu’elle atténuait par le fait même la gravité du crime et, partant, l’intérêt lié à la force exécutoire des jugements. Cumulativement, ces considérations auraient dû, à mon avis, faire pencher la balance du côté de la libération. Autrement dit, la détention de M. Oland était clairement injustifiée et la Cour d’appel a commis une erreur en n’intervenant pas.

[69] Bien que cela suffise pour trancher le présent pourvoi, il me faut relever une erreur de droit dans l’analyse effectuée par le juge d’appel. Plus particulièrement, ses motifs indiquent que celui-ci n’a pas appliqué le critère approprié pour apprécier la solidité de l’appel de M. Oland et les conséquences qui en découlent. Même s’il était convaincu que M. Oland avait soulevé des moyens d’appel qui pourraient « nettement être soutenus », cela ne suffisait pas. Comme le montre l’extrait suivant de ses motifs, il a exigé quelque chose de plus, telles des circonstances uniques qui auraient garanti pour ainsi dire la tenue d’un nouveau procès ou un acquittement :

En définitive, le membre raisonnable du public porterait sur l’affaire un regard impartial et mettrait dans la balance, d’une part la gravité du crime dont M. Oland a été déclaré coupable, qui compte parmi les plus terribles du *Code criminel*, la perpétration brutale du crime et la



judge's imposition of a life sentence, against the other factors that weigh in favour of Mr. Oland's release. In my respectful view, that reasonable member of the public would find that, although the grounds of appeal may be clearly arguable, none fall in the category of the unique circumstances that would virtually assure a new trial or an acquittal. In the end, I am forced to conclude that knowing all this, should Mr. Oland be released in these circumstances, the confidence of the reasonable member of the public in the administration of criminal justice would be undermined. [Emphasis added; para. 32.]

Respectfully, he erred in this regard. That Mr. Oland's grounds were "clearly arguable" was enough to establish that they clearly surpassed the "not frivolous" criterion.

[70] In the result, had intervening events not rendered the appeal moot, I would have set aside Mr. Oland's detention order and ordered his release pending appeal. However, because the appeal is moot, I would simply allow the appeal and make no further order.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto; Gary A. Miller Professional Corporation, Upper Kingsclear, New Brunswick; Cox & Palmer, Saint John.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

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

peine d'emprisonnement à perpétuité prononcée par le juge du procès, d'autre part les facteurs favorables à la mise en liberté. À mon respectueux avis, il conclurait que, s'il se peut que les moyens d'appel puissent nettement être soutenus, aucun ne ressortit aux circonstances uniques qui garantiraient pratiquement un acquittement ou la tenue d'un nouveau procès. En somme, je suis contraint de conclure que, sachant tout cela, le membre raisonnable du public verrait sa confiance dans l'administration de la justice criminelle minée si M. Oland était mis en liberté dans les circonstances. [Je souligne; par. 32.]

En toute déférence, il a commis une erreur à cet égard. Le fait que les moyens invoqués par M. Oland pouvaient « nettement être soutenus » suffisait pour établir qu'ils allaient clairement au delà des exigences du critère de « non-futilité ».

[70] Par conséquent, si les événements survenus dans l'intervalle n'avaient pas rendu le pourvoi théorique, j'aurais annulé l'ordonnance de détention de M. Oland et ordonné sa mise en liberté en attendant qu'il soit statué sur l'appel. Toutefois, comme le pourvoi est théorique, je suis d'avis de simplement accueillir celui-ci et de ne rendre aucune autre ordonnance.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto; Gary A. Miller Professional Corporation, Upper Kingsclear, Nouveau-Brunswick; Cox & Palmer, Saint John.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

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

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Brauti Thorning Zibarras, Toronto; Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Presser Barristers, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Brauti Thorning Zibarras, Toronto; Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Presser Barristers, Toronto.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 2017 Vol. 1**

**2<sup>e</sup> cahier, 2017 Vol. 1**

Cited as [2017] 1 S.C.R. 283-573

Renvoi [2017] 1 R.C.S. 283-573

---

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

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

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ  
MANON PLOUFFE

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

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

## CONTENTS

### **Godbout v. Pagé ..... 283**

Insurance — Automobile insurance — Bodily injury — No-fault public automobile insurance scheme — Automobile accident causing injury — Victims suffering aggravated or separate injuries because of subsequent faults attributable to third parties — Whether bodily injuries suffered by victims were “suffered . . . in an accident” within meaning of Automobile Insurance Act — Type of causal link required in case of subsequent fault committed by third party — Whether civil action against third parties in question is barred by application of public compensation scheme — Automobile Insurance Act, CQLR, c. A-25, ss. 1 “accident”, “damage caused by an automobile”, 83.57.

### **Desjardins Financial Security Life Assurance Co. v. Émond ..... 358**

Insurance — Personal insurance — Exclusion — Insurance contract providing for benefits to heirs of insured if he died as result of accident — Exclusion clause to effect that there is no entitlement to benefits under contract “if the accident occurred while the insured was participating in an indictable offence” — Insured dying in motorcycle accident while being chased by police — Offences for which insured could have been prosecuted had he not died are hybrid offences — Exclusion from insurance policy may not be set up against heirs of insured, as art. 2402 of Civil Code of Québec, on which exclusion was based, concerns only indictable offences, those that are punishable exclusively by way of indictment, and not hybrid offences — Civil Code of Québec, art. 2402.

### **Green v. Law Society of Manitoba ..... 360**

Law of professions — Barristers and solicitors — Continuing professional development — Law Society suspending lawyer for failing to comply with Rules of the Law Society of Manitoba imposing mandatory professional development — Lawyer seeking declaration that impugned rules invalid because they impose suspension for non-compliance without right to hearing or right of appeal — Whether rules valid in light of Law Society’s mandate under The Legal Profession Act, C.C.S.M., c. L107.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Godbout c. Pagé ..... 283**

Assurances — Assurance automobile — Préjudice corporel — Régime public d’assurance automobile sans égard à la responsabilité — Accident d’automobile ayant causé un préjudice — Victimes ayant subi un préjudice aggravé ou distinct en raison d’une faute subséquente imputable à des tierces parties — Le préjudice corporel subi par les victimes a-t-il été « causé dans un accident » au sens de la Loi sur l’assurance automobile? — Type de lien de causalité nécessaire en cas de faute subséquente commise par un tiers — Une poursuite civile contre les tiers en cause est-elle irrecevable du fait de l’application du régime public d’indemnisation? — Loi sur l’assurance automobile, RLRQ, c. A-25, art. 1 « accident », « préjudice causé par une automobile », 83.57.

### **Desjardins Sécurité financière, compagnie d’assurance vie c. Émond ..... 358**

Assurances — Assurances de personnes — Exclusion — Contrat d’assurance prévoyant une prestation aux héritiers d’un assuré qui décède en raison d’un accident — Clause d’exclusion selon laquelle le contrat ne donne droit à aucune prestation « si l’accident survient lors de la participation de l’assuré à tout acte criminel » — Assuré décédé lors d’un accident de motocyclette dans le contexte d’une poursuite policière — Infractions pour lesquelles l’assuré aurait pu être poursuivi, n’eût été son décès, faisant partie de la catégorie des infractions hybrides — L’exclusion de la police d’assurance n’est pas opposable aux héritiers de l’assuré puisque l’art. 2402 du Code civil du Québec, sur lequel l’exclusion est fondée, ne concerne que les actes criminels exclusivement punissables par voie de mise en accusation et non les infractions hybrides — Code civil du Québec, art. 2402.

### **Green c. Société du Barreau du Manitoba ..... 360**

Droit des professions — Avocats et procureurs — Formation professionnelle continue — Permis d’exercice d’un avocat suspendu par le Barreau pour non-respect des Règles de la Société du Barreau du Manitoba qui prévoient une formation professionnelle obligatoire — Décision sollicitée par un avocat, déclarant que les règles contestées sont invalides parce qu’elles prescrivent la suspension du droit de pratique en cas de non-respect, et ce, sans droit d’être entendu et sans droit d’appel — Les règles sont-elles valides compte tenu du mandat conféré au Barreau par la Loi sur la profession d’avocat, C.P.L.M., c. L107?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Law of professions — Barristers and solicitors — Law society — Rules — Standard of review — Statute governing legal profession empowering benchers of Law Society of Manitoba to make rules of general application to profession — Standard of review applicable to rules made by Law Society.

### **R. v. Savard ..... 400**

Criminal law — Evidence — Assessment — Credibility of witnesses — Court of Appeal finding that guilty verdict was reasonable and compatible with evidence — Convictions affirmed.

### **Ostiguy v. Allie ..... 402**

Prescription — Acquisitive prescription — Immovables — Publication of rights — Effective possession of parking space on neighbouring lot for more than 10 years — Application by new owners for injunction to stop possessor from parking on their property being dismissed by Superior Court and Court of Appeal — Provision of Civil Code stating that person who has possessed immovable as its owner for 10 years “may acquire the ownership of it only upon a judicial application” — Whether right of ownership acquired by prescription that has not been subject of judicial application may be set up against new owner of immovable who has registered title in land register — Respective roles of acquisitive prescription and publication of rights system in Quebec civil law — Nature of judgment resulting from application for judicial recognition of right of ownership acquired by prescription — Civil Code of Québec, arts. 922, 2910, 2918.

### **Pintea v. Johns ..... 470**

Civil procedure — Contempt of court — Required knowledge — Self-represented plaintiff failing to comply with case management orders and failing to attend case management meetings after having moved without filing change of address with court as required — Case management judge striking claim, finding plaintiff in contempt of court and awarding costs to defendants — Majority of Court of Appeal affirming decision — Dissenting judge finding that plaintiff’s failure to attend case management meetings not act of contempt and that costs award significantly disproportionate consequence for failing to file change of address — Actual knowledge of impugned orders necessary for plaintiff to be found in contempt —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit des professions — Avocats et procureurs — Barreau — Règles — Norme de contrôle — Loi sur la profession d’avocat conférant le pouvoir aux conseillers de la Société du Barreau du Manitoba d’adopter des règles applicables à l’ensemble de ses membres — Norme de contrôle applicable aux règles adoptées par le Barreau.

### **R. c. Savard ..... 400**

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Crédibilité des témoins — Conclusion de la Cour d’appel portant que le verdict de culpabilité est raisonnable et compatible avec la preuve — Déclarations de culpabilité confirmées.

### **Ostiguy c. Allie ..... 402**

Prescription — Prescription acquisitive — Biens immeubles — Publicité des droits — Possession utile d’un espace de stationnement situé sur le terrain voisin pendant plus de 10 ans — Demande d’injonction déposée par les nouveaux propriétaires afin que le possesseur cesse de stationner son véhicule sur leur terrain rejetée en Cour supérieure et en Cour d’appel — Disposition du Code civil prévoyant que celui qui a possédé un immeuble à titre de propriétaire pendant 10 ans « ne peut en acquérir la propriété qu’à la suite d’une demande en justice » — Un droit de propriété acquis par prescription mais n’ayant pas fait l’objet d’une demande en justice est-il opposable au nouveau propriétaire de l’immeuble qui a inscrit son titre au registre foncier? — Rôles respectifs de la prescription acquisitive et du régime de la publicité des droits en droit civil québécois — Nature d’un jugement résultant d’une demande de reconnaissance judiciaire du droit de propriété acquis par prescription — Code civil du Québec, art. 922, 2910, 2918.

### **Pintea c. Johns ..... 470**

Procédure civile — Outrage au tribunal — Connaissance requise — Défaut par un demandeur non représenté de se conformer à des ordonnances relatives à la gestion de l’instance et de se présenter à des rencontres de gestion d’instance après avoir déménagé sans communiquer au tribunal son changement d’adresse comme il était tenu de le faire — Décision de la juge chargée de la gestion de l’instance radiant la demande, déclarant le demandeur coupable d’outrage au tribunal et adjugeant les dépens en faveur des défendeurs — Arrêt de la Cour d’appel confirmant cette décision à la majorité — Opinion dissidente concluant que le défaut du demandeur de se présenter aux rencontres de gestion d’instance ne représentait pas un outrage au tribunal

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Action restored and costs award vacated — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, r. 10.52(3)(a)(iii).

### **Lajeunesse (Re) ..... 473**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to strike — Les avocats et notaires de l'État québécois launching indefinite strike — Administrative Labour Tribunal determining what essential services LANEQ's members would be required to maintain during strike — Requests for adjournment included as essential service — Members of LANEQ requesting adjournment in appeal before Quebec Court of Appeal — Request for adjournment being dismissed on basis that Chief Justice of Quebec regarded hearings of Court of Appeal as essential service — Decision being appealed on ground that it was not made judicially and was ill-founded in law, and in particular that it impaired right to strike — Special Act being enacted to order members of LANEQ to return to work — Appeal now moot.

### **R. v. Hunt..... 476**

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Accused jointly charged with fraud, conspiracy to commit fraud, falsifying books and documents, and circulating false prospectus — Accused alleging abuse of process due to pre-charge delay in violation of their constitutional right to security of person — Trial judge granting stay of proceedings — Majority of Court of Appeal finding no basis on which to conclude that trial judge erred in determining that stay of proceedings was appropriate remedy — Dissenting judge finding that accused not deprived of constitutional right to security of person and that stay of proceedings should not have been granted — Stay of proceedings not warranted.

### **Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin ..... 478**

Criminal law — Costs — Lawyers — Courts — Jurisdiction — Superior Court dismissing motions of defence

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

et que la condamnation aux dépens constituait une conséquence disproportionnée par rapport à l'omission d'avoir communiqué le changement d'adresse — Preuve de la connaissance réelle par le demandeur des ordonnances en cause requise pour justifier sa condamnation pour outrage au tribunal — Rétablissement de l'action en justice et annulation de la condamnation aux dépens — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, art. 10.52(3)(a)(iii).

### **Lajeunesse (Re) ..... 473**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de grève — Déclenchement d'une grève illimitée par Les avocats et notaires de l'État québécois — Détermination par le Tribunal administratif du travail des services essentiels que doivent maintenir les membres de LANEQ au cours de la grève — Demandes de remise figurant parmi les services essentiels — Demande de remise formulée par des membres de LANEQ dans le cadre d'un pourvoi devant la Cour d'appel du Québec — Demande de remise refusée au motif que la Juge en chef du Québec considère que les audiences de la Cour d'appel constituent un service essentiel — Décision portée en appel au motif qu'elle a été rendue sans agir judiciairement et repose sur des considérations erronées en droit, notamment en ce qu'elle porte atteinte au droit de grève — Loi spéciale adoptée ordonnant le retour au travail des membres de LANEQ — Pourvoi devenu théorique.

### **R. c. Hunt ..... 476**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Arrêt des procédures — Accusés inculpés conjointement de fraude, de complot en vue de commettre une fraude, de falsification de livres et de documents et de mise en circulation d'un faux prospectus — Abus de procédure invoqué par les accusés au motif que le délai écoulé avant le dépôt des accusations a violé le droit à la sécurité de leur personne que leur garantit la Constitution — Arrêt des procédures accordé par le juge du procès — Cour d'appel jugeant majoritairement à l'absence de fondement permettant de conclure que le juge du procès a fait erreur en décidant que l'arrêt des procédures constituait la réparation convenable — Juge dissidente concluant que les accusés n'ont pas été privés de leur droit constitutionnel à la sécurité de leur personne et que l'arrêt des procédures n'aurait pas dû leur être accordé — Arrêt des procédures non justifié.

### **Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin ..... 478**

Droit criminel — Dépens — Avocats — Tribunaux — Compétence — Cour supérieure rejetant les requêtes d'un

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

lawyer for writs of prohibition and awarding costs against lawyer personally — Court of Appeal setting award aside — Criteria and process applicable to exercise by courts of their power to impose such sanction on lawyer — Whether awarding costs against lawyer personally was justified in this case — Whether Court of Appeal erred in substituting its own opinion for that of Superior Court.

### **R. v. Antic ..... 509**

Constitutional law — Charter of Rights — Right not to be denied reasonable bail without just cause — Accused denied interim release because he did not meet geographic criteria in s. 515(2)(e) of Criminal Code for cash deposit to be imposed in addition to surety as condition of release — Bail review judge finding geographic limitation infringes s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms as it has effect of denying accused bail — Bail review judge striking down limitation and ordering accused's release with cash deposit and surety — Whether s. 515(2)(e) of Criminal Code infringes s. 11(e) of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(2)(e).

Criminal law — Interim release — Accused denied interim release because he did not meet geographic criteria in s. 515(2)(e) of Criminal Code for cash deposit to be imposed in addition to surety as condition of release — Principles and guidelines governing application of interim release provisions — Proper interpretation and application of s. 515(2)(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(2)(e).

### **Saadati v. Moorhead ..... 543**

Torts — Negligence — Motor vehicles — Mental injury — Damages — Claimant suing in negligence as result of motor vehicle accident — Trial judge awarding claimant damages for mental injury based on testimony of lay witnesses rather than on expert evidence establishing identified medical cause — What constitutes mental injury — Whether recovery for mental injury requires expert evidence or other proof of recognized psychiatric illness — Whether claimant sustained damage — Whether matter should be remanded to Court of Appeal.

## SOMMAIRE (Fin)

avocat de la défense sollicitant la délivrance de brefs de prohibition et condamnant celui-ci personnellement au paiement des dépens — Condamnation annulée en appel — Critères et processus régissant l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir d'infliger une telle sanction à un avocat — La condamnation personnelle aux dépens était-elle justifiée en l'espèce? — La Cour d'appel a-t-elle erré en substituant son opinion à celle de la Cour supérieure?

### **R. c. Antic ..... 509**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable — Refus à l'accusé d'une mise en liberté provisoire au motif qu'il ne satisfait pas aux critères géographiques prévus à l'art. 515(2)e) du Code criminel, critères applicables pour que puisse être exigé un dépôt d'argent, en plus d'une caution, comme condition de la mise en liberté — Conclusion du juge saisi de la demande de révision de l'ordonnance relative à la mise en liberté sous caution portant que la limite géographique contrevient à l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés parce qu'elle a pour effet de priver l'accusé d'une mise en liberté sous caution — Juge saisi de la demande de révision annulant cette limite et ordonnant la libération de l'accusé avec dépôt d'argent et caution — L'article 515(2)e) du Code criminel porte-t-il atteinte à l'art. 11e) de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(2)e).

Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Refus à l'accusé d'une mise en liberté provisoire au motif qu'il ne satisfait pas aux critères géographiques prévus à l'art. 515(2)e) du Code criminel, critères applicables pour que puisse être exigé un dépôt d'argent, en plus de la caution, comme condition de la mise en liberté — Principes et lignes directrices régissant l'application des dispositions en matière de mise en liberté provisoire — Interprétation et application appropriées de l'art. 515(2)e) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(2)e).

### **Saadati c. Moorhead ..... 543**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Véhicules automobiles — Préjudice mental — Dommages-intérêts — Poursuite pour négligence par suite d'un accident de la route — Octroi en première instance d'une indemnité pour préjudice mental sur la foi du témoignage de profanes plutôt qu'à partir d'une preuve d'expert établissant un diagnostic précis — En quoi consiste le préjudice mental? — Sa réparation exige-t-elle le témoignage d'un expert ou quelque autre preuve d'un trouble psychiatrique reconnu? — Le demandeur a-t-il subi un préjudice? — L'affaire devrait-elle être renvoyée à la Cour d'appel?



**Thérèse Godbout, Louis Godbout and  
Iris Godbout** *Appellants*

v.

**Jean-Maurice Pagé, Anick Dulong,  
Moreno Morelli, Martin Lavigne,  
Jacques Toueg and Hôpital du Sacré-Cœur  
de Montréal** *Respondents*

and

**Attorney General of Quebec and  
Société de l'assurance automobile  
du Québec** *Interveners*

- and -

**Gilles Gargantiel** *Appellant*

v.

**Attorney General of Quebec** *Respondent*

and

**Société de l'assurance automobile  
du Québec** *Intervener*

**INDEXED AS: GODBOUT v. PAGÉ**

**2017 SCC 18**

File Nos.: 36385, 36388.

2016: October 6; 2017: March 24.

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

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

*Insurance — Automobile insurance — Bodily injury  
— No-fault public automobile insurance scheme — Au-  
tomobile accident causing injury — Victims suffering ag-  
gravated or separate injuries because of subsequent faults  
attributable to third parties — Whether bodily injuries  
suffered by victims were “suffered . . . in an accident”*

**Thérèse Godbout, Louis Godbout et  
Iris Godbout** *Appelants*

c.

**Jean-Maurice Pagé, Anick Dulong,  
Moreno Morelli, Martin Lavigne,  
Jacques Toueg et Hôpital du Sacré-Cœur  
de Montréal** *Intimés*

et

**Procureure générale du Québec et  
Société de l'assurance automobile  
du Québec** *Intervenantes*

- et -

**Gilles Gargantiel** *Appelant*

c.

**Procureure générale du Québec** *Intimée*

et

**Société de l'assurance automobile  
du Québec** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : GODBOUT c. PAGÉ**

**2017 CSC 18**

N<sup>os</sup> du greffe : 36385, 36388.

2016 : 6 octobre; 2017 : 24 mars.

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

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

*Assurances — Assurance automobile — Préjudice  
corporel — Régime public d'assurance automobile sans  
égard à la responsabilité — Accident d'automobile ayant  
causé un préjudice — Victimes ayant subi un préjudice  
aggravé ou distinct en raison d'une faute subséquente  
imputable à des tierces parties — Le préjudice corporel*

*within meaning of Automobile Insurance Act — Type of causal link required in case of subsequent fault committed by third party — Whether civil action against third parties in question is barred by application of public compensation scheme — Automobile Insurance Act, CQLR, c. A-25, ss. 1 “accident”, “damage caused by an automobile”, 83.57.*

TG and GG were seriously injured in automobile accidents. Insofar as the alleged facts are assumed to be true, they subsequently suffered additional injuries because of faults attributable to third parties. These third parties were, in TG’s case, the medical staff who treated the injuries she had suffered in the accident and, in GG’s case, Sûreté du Québec officers who were allegedly negligent in searching for the crashed vehicle he was in. TG and GG have since been compensated for the whole of their injuries by the Société de l’assurance automobile du Québec (“SAAQ”) under the *Automobile Insurance Act* (“Act”). However, they are seeking to bring actions in damages against the third parties in question for subsequent faults that caused them aggravated or separate bodily injury.

In the case of the appeal concerning TG, the parties jointly submitted to the Superior Court the question whether s. 83.57 of the Act has the effect of barring any civil action against a third party in respect of a fault that was committed subsequently to an automobile accident and that caused a separate injury. The Superior Court found that such an action was admissible provided that the existence of a separate fault and a separate injury could be proved. The Court of Appeal allowed the appeal and set aside the Superior Court’s decision on the basis that s. 83.57 barred a civil action against the third parties in question.

In the case of the appeal concerning GG, the third parties in question asked for the dismissal of the action under art. 165(4) of the former *Code of Civil Procedure*. The Superior Court granted the motion and dismissed the action on the basis that the prohibition against civil actions set out in s. 83.57 of the Act applied. In a decision rendered the same day as its decision concerning TG, the Court of Appeal dismissed the appeal and affirmed the Superior Court’s decision.

*Held* (Côté J. dissenting): The appeals should be dismissed.

*subi par les victimes a-t-il été « causé dans un accident » au sens de la Loi sur l’assurance automobile? — Type de lien de causalité nécessaire en cas de faute subséquente commise par un tiers — Une poursuite civile contre les tiers en cause est-elle irrecevable du fait de l’application du régime public d’indemnisation? — Loi sur l’assurance automobile, RLRQ, c. A-25, art. 1 « accident », « préjudice causé par une automobile », 83.57.*

TG et GG ont tous deux été victimes d’un accident d’automobile dans lequel ils ont été grièvement blessés. Subséquemment et dans la mesure où les faits allégués sont tenus pour avérés, ils auraient subi un préjudice additionnel en raison de fautes imputables à des tierces parties. Il s’agit, dans le cas de TG, du personnel médical ayant traité ses blessures causées par l’accident, et dans le cas de GG, d’agents de la Sûreté du Québec qui auraient fait preuve de négligence dans la recherche du véhicule accidenté dans lequel il se trouvait. TG et GG ont depuis été indemnisés pour l’ensemble de leurs blessures par la Société de l’assurance automobile du Québec (« SAAQ ») conformément à la *Loi sur l’assurance automobile* (« Loi »). Ils cherchent toutefois à entreprendre un recours en dommages-intérêts contre les tiers en cause pour avoir commis une faute subséquente leur ayant causé un préjudice corporel aggravé ou distinct.

Dans le cadre du pourvoi concernant TG, les parties ont soumis conjointement à la Cour supérieure la question de savoir si l’art. 83.57 de la Loi a pour effet de rendre irrecevable un recours civil contre un tiers à l’égard d’une faute commise subséquemment à un accident d’automobile et ayant causé un dommage distinct. La Cour supérieure a conclu qu’un tel recours était recevable à condition de pouvoir faire la démonstration d’une faute et d’un préjudice distincts. La Cour d’appel a accueilli le pourvoi et infirmé le jugement de la Cour supérieure au motif que l’art. 83.57 fait échec à un recours civil contre les tiers en cause.

Dans le cadre du pourvoi concernant GG, les tiers en cause ont demandé le rejet de l’action en application du par. 165(4) de l’ancien *Code de procédure civile*. La Cour supérieure a accueilli la requête et rejeté l’action au motif que la prohibition de tout recours civil édictée par l’art. 83.57 de la Loi s’applique. La Cour d’appel, dans une décision rendue le même jour que celle concernant TG, a rejeté le pourvoi et confirmé le jugement de la Cour supérieure.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : Les pourvois sont rejetés.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown J.J.: The question in the appeals is whether a person injured in an automobile accident who is eligible to receive compensation under the Act but whose condition is aggravated as a result of a fault committed by a third party can bring a civil action against the third party to seek compensation for bodily injury resulting from that subsequent fault. The question arises because the Act provides that, where bodily injury was “suffered . . . in an accident” (“*causé dans un accident*” in the French version of the Act), that is, “any event in which damage is caused by an automobile”, the compensation the victim can receive is limited exclusively to amounts paid by the SAAQ regardless of who is at fault. Moreover, s. 83.57 states that such compensation “stands in lieu of all rights and remedies by reason of bodily injury and no action in that respect shall be admitted before any court of justice”.

The difficulty in construing the word “*causé*” (caused) used in the French version of the Act in the context of the specific scheme of the Act stems mainly from its evocation of conceptions of causation that apply in the law of civil liability under the *Civil Code of Québec*. In light of the context of the enactment of the Act and the legislature’s intent, on the one hand, and the principles applicable to the interpretation of the Act, on the other, the appropriate causal link in the context of the compensation scheme established by the Act cannot be the same as or be derived from the one that prevails in the general law of civil liability: it is *sui generis* in nature. It must be given a large and liberal interpretation that will further the Act’s purpose, although that interpretation must also be plausible and logical. Whether such a link exists is primarily a question of logic and fact, and depends on the circumstances of each case. The appropriate causal link in the context of the Act is of course not as strong as the one that applies in the law of civil liability. We must therefore refrain from borrowing from concepts associated with the traditional form of causality, such as the distinction between the occasion and cause of the injury. For the purposes of the Act, it will be enough to establish a sufficiently close link between the bodily injury and the automobile accident; in contrast, a fortuitous connection will not suffice.

The Act was enacted nearly 40 years ago to address the serious inequities then occurring in the compensation of victims for bodily injuries caused by automobiles. It was rooted in a societal choice that reflected a social compromise by which all drivers were to collectively assume the financial consequences of bodily injuries caused by automobile accidents. Any civil action with respect to such

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : Les pourvois soulèvent la question de savoir si une personne qui a été blessée dans un accident d’automobile et qui est admissible à des indemnités prévues par la Loi, mais dont l’état s’aggrave en raison d’une faute commise par une tierce partie, peut intenter contre cette dernière un recours civil pour être indemnisée du préjudice corporel résultant de cette faute subséquente. La question se pose car suivant la Loi, en cas de préjudice corporel « causé dans un accident », soit « tout événement au cours duquel un préjudice est causé par une automobile », les indemnités que peut recevoir la victime se limitent exclusivement à celles versées par la SAAQ, et ce, sans égard à la responsabilité de quiconque. Qui plus est, l’art. 83.57 précise que ces indemnités « tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d’un préjudice corporel et nulle action à ce sujet n’est reçue devant un tribunal ».

La difficulté que pose l’interprétation du mot « causé » dans le cadre du régime particulier de la Loi tient surtout aux notions de causalité qu’il évoque en droit de la responsabilité civile basée sur le *Code civil du Québec*. Or, compte tenu du contexte de l’adoption de la Loi et de l’intention du législateur, d’une part, et des principes applicables à l’interprétation de la Loi, d’autre part, le lien de causalité à retenir dans le cadre du régime d’indemnisation prévu par la Loi ne peut être assimilé ou emprunté à celui qui prévaut dans le cadre du régime général de la responsabilité civile : il a un caractère *sui generis*. Il doit recevoir une interprétation large et libérale, de nature à permettre la réalisation de l’objet de la Loi, tant et aussi longtemps que cette interprétation demeure plausible et logique. Son application demeure principalement une question de logique et de fait, en fonction des circonstances propres à chaque espèce. Le lien de causalité à appliquer dans le contexte de la Loi est certes moins strict qu’en responsabilité civile. Il faut donc éviter d’emprunter à des notions liées à la conception traditionnelle de la causalité, telles que la distinction entre l’occasion et la cause du préjudice. Pour les fins de la Loi, il suffira d’établir un lien suffisamment étroit entre le préjudice corporel et l’accident d’automobile; à l’inverse, un lien fortuit sera insuffisant.

La Loi a été adoptée il y a bientôt 40 ans afin de remédier aux graves iniquités que présentait alors l’indemnisation du préjudice corporel causé par une automobile. Il s’agit d’un choix de société qui traduit un compromis social par lequel l’ensemble des automobilistes assument collectivement les conséquences financières des préjudices corporels causés par les accidents d’automobile.

injuries has been prohibited since that time. As the legislature intended, an automobile accident victim who suffers bodily injury in the accident and as a result of events subsequent to the accident — related, for example, to care or treatment provided after the accident or to the acts of first responders (police officers, ambulance attendants, etc.) at the scene of the accident — need not identify someone who has committed a fault, is guilty or can be blamed for the aggravation or a separate part of his or her injury. The purpose of the Act is to ensure that the victim need not engage in costly and uncertain court proceedings in order to obtain compensation for the whole of his or her injury.

The Act confers civil immunity on everyone in respect of injuries suffered in automobile accidents, and this immunity applies with no exceptions. Provided that there is a plausible, logical and sufficiently close link between, on the one hand, the automobile accident and the subsequent events (in the context of these appeals, the fault of a third party) and, on the other hand, the resulting injury, the Act will cover the whole of the injury, and the immunity it confers will apply. Thus, the fact that the injury in question has an aggravated or separate aspect that can be attributed to events that occurred subsequently to the automobile accident is immaterial: those events will be deemed to be part of the accident, and therefore of the cause of the whole of the injury.

In these cases, the additional bodily injury suffered by TG and by GG is an injury “suffered . . . in an accident” within the meaning of the Act. It originated in a series of events that have a plausible, logical and sufficiently close link to one another and have, in each case, the automobile accident as their starting point. The causal link under the Act is established regardless of the fact that the accident and the fault alleged against the third parties in question did not occur at the same time or in the same place. As a result, TG and GG are entitled to the compensation provided for in the Act but, because of s. 83.57 of the Act, are not entitled to bring further civil liability proceedings against the third parties in order to obtain additional or complementary compensation.

Finally, on the alternative issue, the acceptance of the compensation payments received from the SAAQ does not in itself bar any claim for damages from anyone in addition to or in lieu of that compensation on the basis that it entails a presumption of waiver of the right to bring an action against a third party. In the civil law, waiver (or renunciation) is either express or tacit. Moreover, whether there has been a waiver is very much a fact-based question that

Tout recours civil à l’égard de tels préjudices est depuis interdit. Conformément à l’intention du législateur, la victime d’un accident d’automobile qui subit un préjudice corporel à l’occasion de cet accident et d’événements qui s’ensuivent — qu’il s’agisse par exemple de soins ou traitements prodigués à la suite de l’accident ou de gestes posés par des intervenants de première ligne lors de l’accident (policiers, ambulanciers, etc.) — n’a pas à chercher un fautif, un coupable ou un responsable à qui imputer l’aggravation ou une partie distincte de son préjudice. L’objectif de la Loi est de permettre à la victime de passer outre à des procédures judiciaires onéreuses et incertaines en vue d’être indemnisée pour l’intégralité de son préjudice.

La Loi accorde à tous une immunité civile à l’égard du préjudice causé dans un accident d’automobile et cette immunité s’applique sans exception. Tant qu’il existe un lien plausible, logique et suffisamment étroit entre, d’une part, l’accident d’automobile et les événements qui s’ensuivent (en l’occurrence la faute d’un tiers) et, d’autre part, le préjudice qui en résulte, l’ensemble de ce préjudice sera couvert par la Loi et l’immunité qu’elle confère s’applique. Ainsi, il importe peu que ce préjudice comporte une portion aggravée ou distincte attribuable à des événements qui surviennent dans la foulée de l’accident d’automobile : ces événements seront réputés comme faisant partie de l’accident, et donc de la cause du préjudice dans son intégralité.

En l’espèce, le préjudice corporel additionnel subi respectivement par TG et par GG est un préjudice « causé dans un accident » au sens de la Loi. Leur préjudice procède d’une série d’événements liés de façon plausible, logique et suffisamment étroite, et dont le point de départ dans les deux cas est l’accident d’automobile. Le lien de causalité au sens de la Loi est établi, malgré l’absence de concomitance, dans le temps et dans l’espace, entre l’accident et la faute reprochée aux tiers en cause. En conséquence, TG et GG ont droit aux indemnités prévues par cette Loi, mais ils ne peuvent tenter aucun autre recours en responsabilité civile contre les tiers en cause pour obtenir une indemnisation additionnelle ou complémentaire en raison de l’art. 83.57 de la Loi.

Enfin, de façon subsidiaire, l’encaissement des indemnités versées par la SAAQ n’écarte pas, en soi, tout droit de réclamer à quiconque des dommages-intérêts en sus ou en lieu et place de ces indemnités au motif que cela entraîne une présomption de renonciation au droit d’exercer un recours contre un tiers. En droit civil une renonciation est soit expresse soit tacite. De plus, une renonciation est une question hautement factuelle, qui dépend notamment

depends, *inter alia*, on the intention of the waiving party. Evidence of that intention must be presented and analyzed before a waiver can be found to have occurred. No such intention has been proven in these cases, as they have not yet gone to trial, which means that it has not been possible to assess any evidence of the intention of TG or that of GG.

*Per* Côté J. (dissenting): It was not open to the Court of Appeal to determine whether the injuries alleged by TG and GG in these cases were aggravated, as opposed to separate, injuries. An aggravated injury is very different from a separate injury caused by a fault subsequent to a first event. The fact that these cases concern separate injuries is admitted, as is — for the purposes of these appeals — the fact that the alleged faults were subsequent to the accidents.

Each time there is a separate injury, the court cannot conclude that an action is barred without first determining whether the injury in question was “suffered . . . in an accident”. The wording and purpose of the Act, together with the context in which it was enacted and the legislative intent, support the conclusion that it is necessary in each case to determine whether the Act applies to the separate injury at issue. A large and liberal interpretation is necessary in the determination of whether bodily injury was suffered in an accident. However, such a large and liberal interpretation of the Act in combination with the *sui generis* nature of the causal link cannot have the effect of making the scope of the Act so broad that the issue of causation becomes totally irrelevant. It is wrong to conclude that the *sui generis* nature of causation in the context of the Act’s compensation scheme necessarily implies that the initial chain of causation can never be broken by a new fact that causes a separate injury.

No interpretation can be found to be plausible and logical if it leads to the conclusion that a medical or other fault subsequent to an accident is considered to occur “in an accident” simply because it has a link to that accident. Such an interpretation has the effect of linking separate and subsequent injuries to an accident that is merely the occasion of their occurrence but is not their cause. That interpretation cannot be reconciled with the words of the Act.

The only way to truly respect the legislature’s intent, which it has expressed in clear language in the Act, is to allow a civil action to be brought against a third party who committed a fault subsequently to an automobile accident and caused injuries separate from those suffered in the accident itself. In other words, the prohibition of civil actions provided for in s. 83.57 of the Act does not apply in such

de l’intention de la partie qui renonce. La preuve de cette intention doit être présentée et analysée avant qu’il soit permis de conclure à la renonciation. En l’espèce, cette intention n’a pas été établie, puisqu’aucune audience sur le fond n’a eu lieu, et qu’en conséquence aucune preuve de l’intention de TG ou de GG n’a pu être appréciée.

*La* juge Côté (dissidente) : La Cour d’appel ne pouvait décider si les préjudices allégués par TG et GG en l’espèce constituent des préjudices aggravés plutôt que des préjudices distincts. Un préjudice aggravé et un préjudice distinct causé par une faute subséquente au premier événement constituent des notions bien différentes. Le fait qu’il s’agit en l’espèce de préjudices distincts est admis, de même qu’est admis — pour les besoins des présents pourvois — le fait que les fautes reprochées sont subséquentes aux accidents.

Chaque fois qu’il y a un préjudice distinct, le tribunal ne peut conclure à l’irrecevabilité d’un recours sans avoir d’abord déterminé si ce préjudice a été « causé dans un accident ». Le libellé de la Loi et son objet ainsi que le contexte de son adoption et l’intention du législateur appuient la conclusion suivant laquelle il faut déterminer dans chaque cas si la Loi s’applique au préjudice distinct en cause. Une interprétation large et libérale s’impose lorsqu’il s’agit de déterminer si le préjudice corporel a été causé dans un accident. Mais une telle interprétation large et libérale de la Loi ainsi que le caractère *sui generis* du lien de causalité ne peuvent avoir pour effet de conférer à cette Loi une portée tellement large qu’elle réduirait à néant la question de la causalité. Il est erroné de conclure que le caractère *sui generis* de la causalité dans le cadre du régime d’indemnisation établi par la Loi implique nécessairement que le lien de causalité initial ne peut jamais être rompu par un fait nouveau causant un préjudice distinct.

Aucune interprétation ne saurait être jugée plausible et logique si elle amène à conclure qu’une faute — de nature médicale ou autre — subséquente à l’accident est considérée survenir « dans un accident » du seul fait qu’elle est liée à cet accident. Cette interprétation a pour effet de rattacher des préjudices distincts et subséquents à un accident qui n’a constitué que l’occasion de leur survenance sans en être la cause. Une telle interprétation est irréconciliable avec le libellé de la Loi.

Permettre un recours civil contre un tiers ayant commis une faute subséquentement à un accident d’automobile et ayant causé des dommages distincts de ceux causés dans cet accident est la seule façon de véritablement respecter l’intention du législateur, laquelle est exprimée en termes clairs dans le cadre de la Loi. Autrement dit, la prohibition contre les recours civils qu’édicte l’art. 83.57

circumstances. Section 83.57 creates an exception to the general law of civil liability, which is based on the principle of full compensation, and such an exception must be narrowly construed.

In the Act, the legislature has defined a compensable bodily injury as any physical or mental injury, including death, “suffered . . . in an accident” and has, in addition, defined an accident as “any event in which damage is caused by an automobile”. If it had wanted the scope of the compensation scheme to extend to separate injuries suffered as a result of an event subsequent to an accident (here, the subsequent fault), the legislature would have said so clearly and would thus have extended the scope of the Act to include injuries suffered “following an accident”. The words of the Act and common sense thus preclude the argument that a separate injury caused by a medical or a hospital fault — or by negligent conduct on the part of police officers — subsequent to an accident can constitute an injury that was “suffered . . . in an accident”. A medical or hospital fault, or a fault committed by police officers, does not occur in the general context of the use of a vehicle.

Such an interpretation is also mindful of the internal consistency of the Act, as it gives full meaning to s. 12.1. That provision, which contemplates the possibility of a party bringing a civil action in order to seek compensation for bodily injuries that were not “suffered . . . in an accident”, shows that a victim has a right to bring a civil action against a third party in respect of an injury that is not covered by the Act.

Road risks are what the legislature wanted to provide for in a scheme that pays compensation regardless of who is at fault. The legislature did not intend to create, nor did it in fact create, a no-fault liability scheme for police officers, physicians or other third parties who might commit faults subsequently to automobile accidents and thereby cause separate injuries. The interpretation of the Act should not therefore produce such a result. It is up to the legislature, not the courts, to expand the coverage of the Act to other types of risks, since the application of the general law of civil liability cannot be excluded without a clear intervention on the legislature’s part. The scope of s. 83.57 of the Act is therefore limited by the wording of the section: although the Act must be interpreted liberally, this should not make it possible to extrapolate and to extend the immunity it confers to everything that relates in any way to an automobile accident.

de la Loi est inapplicable dans de telles circonstances. L’article 83.57 déroge au droit commun de la responsabilité civile, lequel repose sur le principe de la réparation intégrale, et une telle dérogation doit donc être interprétée restrictivement.

Dans la Loi, le législateur a défini le préjudice corporel indemnisable comme correspondant à tout préjudice physique ou psychique, y compris le décès, « causé dans un accident », en plus de définir un accident comme « tout événement au cours duquel un préjudice est causé par une automobile ». S’il avait voulu que la portée du régime d’indemnisation s’étende aux préjudices distincts subis en raison d’un événement subséquent à l’accident (ici la faute subséquente), le législateur se serait exprimé clairement en ce sens et il aurait ainsi étendu l’application de la Loi aux préjudices causés « à la suite d’un accident ». Le libellé de la Loi et le sens commun ne permettent donc pas de soutenir qu’un préjudice distinct causé soit par une faute médicale ou hospitalière subséquente à l’accident, soit par une conduite négligente des policiers subséquentement à l’accident, puisse constituer un préjudice qui a été « causé dans un accident ». Une faute médicale ou hospitalière ou encore une faute policière ne survient pas dans le cadre général de l’usage de l’automobile.

Une telle interprétation respecte également la cohérence interne de la Loi, puisqu’elle donne à l’art. 12.1 tout son sens. Cette disposition, qui prévoit la possibilité pour une partie d’intenter un recours civil afin d’être dédommée d’un préjudice corporel qui n’aurait pas été « causé dans un accident », confirme l’existence du droit d’une victime d’exercer un recours civil contre un tiers pour un préjudice qui n’est pas couvert par la Loi.

Ce sont les risques routiers que le législateur a voulu encadrer par un régime d’indemnisation sans égard à la responsabilité de quiconque. Il n’entendait pas créer, — ni n’a créé d’ailleurs — un régime de responsabilité sans égard à la faute en faveur des policiers, des médecins ou d’autres tiers qui commettraient une faute subséquente à un accident d’automobile et causeraient ainsi un préjudice distinct. L’interprétation de la Loi ne devrait donc pas produire un tel résultat. Il appartient au législateur, et non aux tribunaux, d’élargir les risques couverts par la Loi, l’application du régime général de la responsabilité civile ne pouvant être écartée sans une intervention claire du législateur. La portée de l’art. 83.57 de la Loi est donc confinée par la lettre de cette disposition : bien qu’il faille interpréter libéralement la Loi, cela ne devrait pas permettre d’extrapoler et d’étendre l’immunité qu’elle confère à tout ce qui touche de près ou de loin à un accident automobile.



Therefore, s. 83.57 of the Act does not bar the action in damages. Moreover, the fact that compensation has been claimed and received from the SAAQ by the victims cannot be interpreted as a waiver of any civil action. The concept of waiver does not apply within the framework of the Act. The effect of s. 83.57 of the Act is to establish a single, complete compensation scheme for the injuries the Act covers. It is the fact that damage is characterized as “bodily injury” that gives rise to a right to compensation: if the bodily injury was suffered in an accident, then the Act applies and s. 83.57 bars any action in respect of that injury in a court of civil jurisdiction. This means that an individual never has both a right to compensation under the Act and a right to take the person allegedly responsible for his or her injury to court. In short, it is impossible to waive a right that one does not have.

### Cases Cited

By Wagner J.

**Applied:** *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136; *Productions Pram inc. v. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738; **not followed:** *Badeaux v. Corp. intermunicipale de transport de la Rive-sud de Québec*, [1986] J.Q. n° 473 (QL); *Morin v. Québec (Ville de)*, 2009 QCCS 3202; *C.S. v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1996] AZ-51214610; *Assurance Automobile — 68*, [1997] C.A.S. 212; **distinguished:** *Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore’s Taxi Ltd.*, [1960] S.C.R. 80; *St-Jean v. Mercier*, S.C.C., No. 27515, January 15, 2001 (*Bulletin of Proceedings*, January 19, 2001, pp. 94-95); *St-Jean v. Mercier*, [1998] J.Q. n° 234 (QL), aff’d [1999] R.J.Q. 1658, aff’d 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491; *Mitchell v. Rahman*, 2002 MBCA 19, 163 Man. R. (2d) 87; *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Confédération des syndicats nationaux*, 2014 SCC 49, [2014] 2 S.C.R. 477; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *R.C. v. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2007 QCTAQ 08233, 2007 CanLII 40372; *G.P.P. v. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2004 CanLII 68602; *J.W. v. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 1998 LNQCTAQ 1230 (QL); *F.C. v. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2008 QCTAQ 10851, 2008 CanLII 64282, aff’d 2009 QCTAQ 09478, 2009 CanLII 54439; *D.H. v. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2011 QCTAQ 4101, 2011 LNQCTAQ 110 (QL); *M.C. v. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2010 QCTAQ 09161, 2010 CanLII 80613; *S.F. v. Québec*

Par conséquent, l’art. 83.57 de la Loi ne fait pas échec au recours en dommages-intérêts. De plus, le fait que des indemnités aient été réclamées à la SAAQ et reçues par les victimes ne saurait être interprété comme une renonciation à tout recours civil. Le concept de renonciation ne trouve aucune application dans le cadre de la Loi. Par l’effet de son art. 83.57, la Loi instaure un régime unique et complet d’indemnisation pour les préjudices qu’elle couvre. C’est le fait qu’un dommage soit qualifié de « préjudice corporel » qui ouvre droit à une indemnité : s’il s’agit d’un préjudice corporel causé dans un accident, alors la Loi s’applique et l’art. 83.57 rend irrecevable tout recours pour ce préjudice devant une juridiction civile. Ainsi, une personne ne possède jamais à la fois le droit d’être indemnisée en vertu de la Loi et celui de poursuivre le présumé responsable de son préjudice devant un tribunal. En somme, il est impossible de renoncer à un droit que l’on ne possède pas.

### Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

**Arrêts appliqués :** *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136; *Productions Pram inc. c. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738; **arrêts non suivis :** *Badeaux c. Corp. intermunicipale de transport de la Rive-sud de Québec*, [1986] J.Q. n° 473 (QL); *Morin c. Québec (Ville de)*, 2009 QCCS 3202; *C.S. c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1996] AZ-51214610; *Assurance Automobile — 68*, [1997] C.A.S. 212; **distinction d’avec les arrêts :** *Law, Union & Rock Insurance Co. c. Moore’s Taxi Ltd.*, [1960] R.C.S. 80; *St-Jean c. Mercier*, C.S.C., n° 27515, 15 janvier 2001 (*Bulletin des procédures*, 19 janvier 2001, p. 94-95); *St-Jean c. Mercier*, [1998] J.Q. n° 234 (QL), conf. par [1999] R.J.Q. 1658, conf. par 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491; *Mitchell c. Rahman*, 2002 MBCA 19, 163 Man. R. (2d) 87; *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux*, 2014 CSC 49, [2014] 2 R.C.S. 477; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *R.C. c. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2007 QCTAQ 08233, 2007 CanLII 40372; *G.P.P. c. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2004 CanLII 68602; *J.W. c. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 1998 LNQCTAQ 1230 (QL); *F.C. c. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2008 QCTAQ 10851, 2008 CanLII 64282, conf. par 2009 QCTAQ 09478, 2009 CanLII 54439; *D.H. c. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2011 QCTAQ 4101, 2011 LNQCTAQ 110 (QL); *M.C. c. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2010

(*Société de l'assurance automobile*), 2011 QCTAQ 08760, 2011 CanLII 71337; *Québec (Société de l'assurance automobile) v. Viger*, [2000] R.J.Q. 2209; *Chalifoux v. Québec (Commission des affaires sociales)*, 2003 CanLII 72168;

By Côté J. (dissenting)

*Canada (Attorney General) v. Confédération des syndicats nationaux*, 2014 SCC 49, [2014] 2 S.C.R. 477; *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136; *Gray v. Cotic*, [1983] S.C.R. 2; *Productions Pram inc. v. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738; *Greenshields v. The Queen*, [1958] S.C.R. 216; *Canada (Attorney General) v. Xuan*, [1994] 2 F.C. 348; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *Jabel Image Concepts Inc. v. Minister of National Revenue* (2000), 257 N.R. 193; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378; *Harris v. Cité de Verdun*, [1979] C.S. 690; *Cordero v. British Leyland Motors Canada Ltd.*, [1980] C.S. 899; *Lapalme v. Mareluc Ltée*, [1983] C.S. 646; *Periard v. Ville de Sept-Îles*, [1985] I.L.R. ¶1-1963; *Commission des accidents de travail du Québec, Desfonds et Larocque v. Girard* (1988), 18 Q.A.C. 110; *Neveu v. Compagnie d'assurance Victoria du Canada* (1989), 30 Q.A.C. 97; *Belley v. Tessier-Villeneuve*, [1990] R.R.A. 959; *Langlois v. Dagenais*, [1992] R.R.A. 489; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Mitchell v. Rahman*, 2002 MBCA 19, 163 Man. R. (2d) 87; *G.D. v. Centre de santé et des services sociaux A*, 2008 QCCA 663, [2008] R.J.D.T. 663; *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, CQLR, c. A-3.001, ss. 438 to 447.  
*Act respecting the Société de l'assurance automobile du Québec*, CQLR, c. S-11.011, s. 2.  
*Automobile Insurance Act*, CQLR, c. A-25, ss. 1, 2, 5, 6, 7, 12.1, 73, 83.44, 83.44.1, 83.57, 83.59.  
 Bill 67, *Automobile Insurance Act*, 2nd Sess., 31st Parl., 1977, s. 66 (first reading).  
 Bill 67, *Automobile Insurance Act*, 2nd Sess., 31st Parl., 1977 (assented to December 22, 1977).  
 Bill 113, *An Act to amend the Automobile Insurance Act*, 2nd Sess., 34th Parl., 1993.  
*Civil Code of Québec*.  
*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, art. 165(4), 452.  
*Highway Safety Code*, CQLR, c. C-24.2, s. 605.

QCTAQ 09161, 2010 CanLII 80613; *S.F. c. Québec (Société de l'assurance automobile)*, 2011 QCTAQ 08760, 2011 CanLII 71337; *Québec (Société de l'assurance automobile) c. Viger*, [2000] R.J.Q. 2209; *Chalifoux c. Québec (Commission des affaires sociales)*, 2003 CanLII 72168.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Canada (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux*, 2014 CSC 49, [2014] 2 R.C.S. 477; *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136; *Gray c. Cotic*, [1983] R.C.S. 2; *Productions Pram inc. c. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738; *Greenshields c. The Queen*, [1958] R.C.S. 216; *Canada (Procureur général) c. Xuan*, [1994] 2 C.F. 348; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *Jabel Image Concepts Inc. c. Canada*, 2000 CanLII 15319; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *Harris c. Cité de Verdun*, [1979] C.S. 690; *Cordero c. British Leyland Motors Canada Ltd.*, [1980] C.S. 899; *Lapalme c. Mareluc Ltée*, [1983] C.S. 646; *Periard c. Ville de Sept-Îles*, [1985] I.L.R. ¶1-1963; *Commission des accidents de travail du Québec, Desfonds et Larocque c. Girard* (1988), 18 C.A.Q. 110; *Neveu c. Compagnie d'assurance Victoria du Canada* (1989), 30 C.A.Q. 97; *Belley c. Tessier-Villeneuve*, [1990] R.R.A. 959; *Langlois c. Dagenais*, [1992] R.R.A. 489; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Mitchell c. Rahman*, 2002 MBCA 19, 163 Man. R. (2d) 87; *G.D. c. Centre de santé et des services sociaux A*, 2008 QCCA 663, [2008] R.J.D.T. 663; *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*.  
*Code de la sécurité routière*, RLRQ, c. C-24.2, art. 605.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 165(4), 452.  
*Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 41, 41.1, 49, 50.  
*Loi sur l'assurance automobile*, RLRQ, c. A-25, art. 1, 2, 5, 6, 7, 12.1, 73, 83.44, 83.44.1, 83.57, 83.59.  
*Loi sur la société d'assurance publique du Manitoba*, C.P.L.M., c. P215, art. 73.  
*Loi sur la Société de l'assurance automobile du Québec*, RLRQ, c. S-11.011, art. 2.  
*Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001, art. 438 à 447.  
 Projet de loi 113, *Loi modifiant la Loi sur l'assurance automobile*, 2<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 1993.

*Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, ss. 41, 41.1, 49, 50.  
*Manitoba Public Insurance Corporation Act*, C.C.S.M.,  
 c. P215, s. 73.  
*Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor  
 Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83, art. 79 [am. 335/84,  
 Sch., s. 19; am. 379/85, Sch., s. 31].

### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.

Belleau, Claude. *L'assurance automobile sans égard à la responsabilité: historique et bilan de l'expérience québécoise*. Sainte-Foy, Que.: Publications du Québec, 1998.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Gardner, Daniel. « L'interprétation de la portée de la *Loi sur l'assurance automobile*: un éternel recommencement » (2011), 52 *C. de D.* 167.

Perreault, Janick. *Assurance automobile au Québec: L'indemnisation du préjudice corporel des victimes d'accident d'automobile*, 3<sup>e</sup> éd. Brossard, Que.: Publications CCH, 2010.

Pigeon, Louis-Philippe. *Drafting and Interpreting Legislation*, Toronto: Carswell, 1988.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de l'aménagement et des équipements. « Étude détaillée du projet de loi 113 — Loi modifiant la Loi sur l'assurance automobile », *Journal des débats de la Commission permanente de l'aménagement et des équipements*, vol. 32, n° 102, 2<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 24 novembre 1993, p. 5369.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. « Étude du projet de loi n° 67 — Loi sur l'assurance automobile », *Journal des débats de la Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières*, vol. 19, n° 210, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 20 octobre 1977, p. 6493.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. « Mémoire de la Corporation professionnelle des médecins du Québec à la Commission parlementaire sur le Projet de Loi 67 Loi sur l'assurance automobile »,

Projet de loi n° 67, *Loi sur l'assurance automobile*, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 1977, art. 66 (première lecture).

Projet de loi n° 67, *Loi sur l'assurance automobile*, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 1977 (sanctionné le 22 décembre 1977).

*Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83, art. 79 [mod. 335/84, ann., art. 19; mod. 379/85, ann., art. 31].

### Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

Belleau, Claude. *L'assurance automobile sans égard à la responsabilité: historique et bilan de l'expérience québécoise*, Sainte-Foy (Qc), Publications du Québec, 1998.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1990.

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

Gardner, Daniel. « L'interprétation de la portée de la *Loi sur l'assurance automobile* : un éternel recommencement » (2011), 52 *C. de D.* 167.

Perreault, Janick. *Assurance automobile au Québec: L'indemnisation du préjudice corporel des victimes d'accident d'automobile*, 3<sup>e</sup> éd., Brossard (Qc), Publications CCH, 2010.

Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Québec, Publications du Québec, 1986.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de l'aménagement et des équipements. « Étude détaillée du projet de loi 113 — Loi modifiant la Loi sur l'assurance automobile », *Journal des débats de la Commission permanente de l'aménagement et des équipements*, vol. 32, n° 102, 2<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 24 novembre 1993, p. 5369.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. « Étude du projet de loi n° 67 — Loi sur l'assurance automobile », *Journal des débats de la Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières*, vol. 19, n° 210, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 20 octobre 1977, p. 6493.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. « Mémoire de la Corporation professionnelle des médecins du Québec à la Commission parlementaire sur le Projet de Loi 67 Loi sur l'assurance

*Journal des débats de la Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières*, vol. 19, n° 210, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 20 octobre 1977, annexe II, p. 6539.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 19, n° 96, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 19 août 1977, p. 3093.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 19, n° 109, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 28 octobre 1977, p. 3786-3787.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 19, n° 136, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 20 décembre 1977, p. 5047.

Tétrault, Robert. « L'appréciation du lien de causalité entre le préjudice corporel et le fait accidentel dans le cadre de la *Loi sur l'assurance automobile* » (1998-99), 29 *R.D.U.S.* 245.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, St-Pierre and Gagnon JJ.A.), 2015 QCCA 225, 18 C.C.L.T. (4th) 42, [2015] AZ-51147750, [2015] J.Q. n° 664 (QL), 2015 CarswellQue 646 (WL Can.), setting aside a decision of Roy J., 2013 QCCS 4866, [2013] AZ-51008567, [2013] J.Q. n° 13389 (QL), 2013 CarswellQue 10187 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, St-Pierre and Gagnon JJ.A.), 2015 QCCA 224, [2015] AZ-51147749, [2015] J.Q. n° 662 (QL), 2015 CarswellQue 647 (WL Can.), affirming a decision of Mayer J., 2013 QCCS 1888, [2013] AZ-50962709, [2013] J.Q. n° 4584 (QL), 2013 CarswellQue 4255 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

*Jean-Pierre Ménard, Marie-Ève Martineau and Karine Tremblay*, for the appellants Thérèse Godbout, Louis Godbout and Iris Godbout.

*Marc Dufour and David Emmanuel Roberge*, for the respondent Jean-Maurice Pagé.

*Mark Phillips and Émilie Jutras*, for the respondents Anick Dulong, Moreno Morelli, Martin Lavigne, Jacques Toueg and Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal.

*Andrew Kliger and Leonard Kliger*, for the appellant Gilles Gargantiel.

automobile », *Journal des débats de la Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières*, vol. 19, n° 210, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 20 octobre 1977, annexe II, p. 6539.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 19, n° 96, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 19 août 1977, p. 3093.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 19, n° 109, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 28 octobre 1977, p. 3786-3787.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 19, n° 136, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 20 décembre 1977, p. 5047.

Tétrault, Robert. « L'appréciation du lien de causalité entre le préjudice corporel et le fait accidentel dans le cadre de la *Loi sur l'assurance automobile* » (1998-99), 29 *R.D.U.S.* 245.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, St-Pierre et Gagnon), 2015 QCCA 225, 18 C.C.L.T. (4th) 42, [2015] AZ-51147750, [2015] J.Q. n° 664 (QL), 2015 CarswellQue 646 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Roy, 2013 QCCS 4866, [2013] AZ-51008567, [2013] J.Q. n° 13389 (QL), 2013 CarswellQue 10187 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, St-Pierre et Gagnon), 2015 QCCA 224, [2015] AZ-51147749, [2015] J.Q. n° 662 (QL), 2015 CarswellQue 647 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Mayer, 2013 QCCS 1888, [2013] AZ-50962709, [2013] J.Q. n° 4584 (QL), 2013 CarswellQue 4255 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Jean-Pierre Ménard, Marie-Ève Martineau et Karine Tremblay*, pour les appelants Thérèse Godbout, Louis Godbout et Iris Godbout.

*Marc Dufour et David Emmanuel Roberge*, pour l'intimé Jean-Maurice Pagé.

*Mark Phillips et Émilie Jutras*, pour les intimés Anick Dulong, Moreno Morelli, Martin Lavigne, Jacques Toueg et l'Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal.

*Andrew Kliger et Leonard Kliger*, pour l'appellant Gilles Gargantiel.

*Louise Comtois and Alexandra Hodder, for the respondent/intervener the Attorney General of Quebec.*

*Julien Gaudet-Lachapelle and Manon Paquin, for the intervener Société de l'assurance automobile du Québec.*

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. delivered by

WAGNER J. —

## I. Overview

[1] The *Automobile Insurance Act*, CQLR, c. A-25 (“Act”), came into force in 1978. It changed an entire aspect of the scheme of civil liability in Quebec law by creating new rules applicable to automobile-related accidents, including to the compensation payable for both property damage and bodily injury that result from them.

[2] Since the Act was enacted, the courts have had many occasions to rule on the scope of those rules.

[3] These appeals represent an opportunity for this Court to review the principles that govern the application of the Act, and in particular those with respect to compensation for bodily injury in the case of faults committed by third parties.

[4] The basic question in the appeals is whether a person injured in an automobile accident who is eligible to receive compensation under the Act but whose condition is aggravated as a result of a fault committed by a third party can bring a civil action against the third party to seek compensation for bodily injury resulting from that subsequent fault. In other words, the Court must determine the scope of the no-fault scheme under which compensation is paid in respect of bodily injury “suffered . . . in an accident” within the meaning of the Act. It must at the same time rule on the corollary to that scheme, namely the prohibition against any civil action where

*Louise Comtois et Alexandra Hodder, pour l'intimée/intervenante la procureure générale du Québec.*

*Julien Gaudet-Lachapelle et Manon Paquin, pour l'intervenante la Société de l'assurance automobile du Québec.*

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown a été rendu par

LE JUGE WAGNER —

## I. Aperçu

[1] En 1978, la *Loi sur l'assurance automobile*, RLRQ, c. A-25 (« Loi »), est entrée en vigueur et modifiait tout un volet du régime de la responsabilité civile en droit québécois. Elle créait en effet de nouvelles règles applicables aux accidents liés à l'automobile, y compris aux indemnités payables tant pour les dommages matériels que pour les dommages corporels qui en résultent.

[2] Depuis l'adoption de la Loi, les tribunaux se sont prononcés à de nombreuses reprises pour cerner les contours de ces règles.

[3] Les présents pourvois sont l'occasion pour notre Cour de rappeler les principes régissant l'application de la Loi et notamment ceux portant sur l'indemnisation du préjudice corporel en cas de fautes commises par des tierces parties.

[4] Essentiellement, les pourvois soulèvent la question de savoir si une personne qui a été blessée dans un accident d'automobile et qui est admissible à des indemnités prévues par la Loi, mais dont l'état s'aggrave en raison d'une faute commise par une tierce partie, peut intenter contre cette dernière un recours civil pour être indemnisée du préjudice corporel résultant de cette faute subséquente. En d'autres mots, notre Cour est appelée à se prononcer sur la portée du régime d'indemnisation sans égard à la faute du préjudice corporel « causé dans un accident » au sens de la Loi. Elle doit par la même occasion se prononcer au sujet du corollaire de ce régime, c'est-à-dire

compensation is paid under the Act in respect of the injury in question (s. 83.57 of the Act).

[5] The appeals concern events that forever altered the lives of the appellants Thérèse Godbout and Gilles Gargantiel, who were seriously injured in automobile accidents. Insofar as the alleged facts are assumed to be true, these two appellants subsequently suffered additional injuries because of faults attributable to third parties, namely the respondents. These third parties were, in Ms. Godbout's case, the medical staff who treated the injuries she had suffered in the accident and, in Mr. Gargantiel's case, Sûreté du Québec ("SQ") officers who were allegedly negligent in searching for the crashed vehicle he was in. Ms. Godbout and Mr. Gargantiel have since been compensated for the whole of their injuries by the Société de l'assurance automobile du Québec ("SAAQ") under the Act. However, they are seeking reparation for the injuries caused by the respondents' faults. The parties are thus asking the Court to determine whether the appellants can, despite having been paid compensation under the Act, bring actions against the respondents for subsequent faults that caused them bodily injury. The question arises because the Act provides that, where bodily injury was "suffered . . . in an accident", that is, "any event in which damage is caused by an automobile", the compensation the victim can receive is limited exclusively to amounts paid by the SAAQ *regardless of who is at fault* (ss. 1, 2, 5 and 83.57 of the Act).

[6] For the reasons that follow, I am of the view that the additional bodily injury suffered by Ms. Godbout and by Mr. Gargantiel, for which they are seeking reparation from the respondents, is an injury "suffered . . . in an accident" within the meaning of the Act. As a result, they are entitled to the compensation provided for in the Act but are not entitled to bring further civil liability proceedings against the respondents in order to obtain additional or complementary compensation. I would therefore dismiss the appeals.

la règle prohibant l'exercice de tout recours civil lorsque ce préjudice est indemnisé en vertu de la Loi (art. 83.57 de la Loi).

[5] Les pourvois se rapportent à des événements qui ont bouleversé à jamais la vie des appelants M<sup>me</sup> Thérèse Godbout et M. Gilles Gargantiel, tous deux victimes d'un accident d'automobile dans lequel ils ont été grièvement blessés. Subséquemment et dans la mesure où les faits allégués sont tenus pour avérés, ils auraient subi un préjudice additionnel en raison de fautes imputables à des tierces parties, en l'occurrence les intimés. Il s'agit, dans le cas de M<sup>me</sup> Godbout, du personnel médical ayant traité ses blessures causées par l'accident, et dans le cas de M. Gargantiel, d'agents de la Sûreté du Québec (« SQ ») qui auraient fait preuve de négligence dans la recherche du véhicule accidenté dans lequel il se trouvait. M<sup>me</sup> Godbout et M. Gargantiel ont depuis été indemnisés pour l'ensemble de leurs blessures par la Société de l'assurance automobile du Québec (« SAAQ ») conformément à la Loi. Ils réclament toutefois un dédommagement pour les blessures causées par la faute des intimés. Les parties demandent donc à la Cour de déterminer si les appelants, nonobstant les indemnités versées en vertu de la Loi, peuvent entreprendre un recours contre les intimés pour avoir commis une faute subséquente leur ayant causé un préjudice corporel. La question se pose car suivant la Loi, en cas de préjudice corporel « causé dans un accident », soit « tout événement au cours duquel un préjudice est causé par une automobile », les indemnités que peut recevoir la victime se limitent exclusivement à celles versées par la SAAQ, et ce, *sans égard à la responsabilité de quiconque* (art. 1, 2, 5 et 83.57 de la Loi).

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le préjudice corporel additionnel subi respectivement par M<sup>me</sup> Godbout et par M. Gargantiel, et pour lequel ils sollicitent réparation auprès des intimés, est un préjudice « causé dans un accident » au sens de la Loi. En conséquence, ils ont droit aux indemnités prévues par cette Loi, mais ils ne peuvent tenter aucun autre recours en responsabilité civile contre les intimés pour obtenir une indemnisation additionnelle ou complémentaire. Je rejeterais donc les pourvois.

## II. Facts

[7] The facts in the first appeal date back to January 10, 1999, when Ms. Godbout was seriously injured in an automobile accident. She was taken to and treated at Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal, where the respondents practised, one as an orthopaedic surgeon and the others as orthopaedic surgery residents. Fractures of both femurs, both tibias and the right tibial plateau were diagnosed and Ms. Godbout was operated on. A few days later, advanced compartment syndrome was observed together with muscle compartment necrosis. On February 20, 1999, Ms. Godbout had both legs amputated at the knees. In January 2002, she and the other appellants in her case filed a motion to institute proceedings. In those proceedings, she alleged that the respondents had failed to act in accordance with good practice in treating her and had thereby caused separate injuries that had not been suffered in the automobile accident but had instead been caused by the respondents' faults. More specifically, Ms. Godbout argued that they had committed faults in diagnosis and in medical treatment and follow-up in her case and that those faults were the direct causes of the amputation of her legs and of a permanent neurological impairment of her right hand. Even though she had received compensation from the SAAQ after the automobile accident for the whole of her bodily injury, she argued that she was entitled to additional compensation for the separate injuries resulting from the respondents' faults. Her younger brother, Louis Godbout, and her only daughter, Iris Godbout, also claimed damages from the medical staff for injuries caused to them by the same faults.

[8] On October 18, 2009, the appellant in the second appeal, Mr. Gargantiel, lost control of his automobile and was then lying unconscious in a ditch between the road and a railway track. Even though the OnStar company, having located Mr. Gargantiel's vehicle by satellite, contacted the SQ's call management centre several times and provided it with the GPS coordinates of the crashed vehicle, SQ officers were unable to locate it and decided to give up the search. More than 40 hours after the accident, the

## II. Les faits

[7] Les faits dans le premier pourvoi remontent au 10 janvier 1999 alors que M<sup>me</sup> Godbout est sérieusement blessée dans un accident d'automobile. Elle est transportée et soignée à l'Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal où pratiquent les intimés dont l'un à titre de chirurgien orthopédiste et les autres en tant que résidents en orthopédie. Des fractures aux deux fémurs, aux deux tibias ainsi qu'au plateau tibial droit sont alors diagnostiquées et M<sup>me</sup> Godbout est opérée. Quelques jours plus tard, un syndrome compartimental avancé est observé, de même qu'une nécrose des loges musculaires. Le 20 février 1999, M<sup>me</sup> Godbout subit une amputation des deux jambes au niveau des genoux. En janvier 2002, elle et ses coappellants déposent une requête introductive d'instance. Dans le cadre de ce recours, elle reproche aux intimés de ne pas avoir suivi les règles de l'art à son égard et d'avoir ainsi entraîné des dommages distincts qui n'ont pas été causés dans l'accident d'automobile, mais plutôt par les fautes médicales des intimés. Plus particulièrement, M<sup>me</sup> Godbout avance qu'ils ont commis des fautes relativement aux diagnostics, traitements et suivis médicaux dont elle a fait l'objet et que ces fautes sont les causes directes de l'amputation de ses jambes et d'une atteinte neurologique permanente à sa main droite. Bénéficiaire des indemnités versées par la SAAQ suivant l'accident d'automobile pour l'intégralité de son préjudice corporel, elle prétend néanmoins avoir droit à une compensation additionnelle pour les préjudices distincts résultant des fautes des intimés. Son frère cadet, Louis Godbout, et la fille unique de M<sup>me</sup> Godbout, Iris Godbout, réclament eux aussi du personnel médical des dommages-intérêts pour les préjudices que leur auraient causés ces mêmes fautes.

[8] Le 18 octobre 2009, l'appelant dans le second pourvoi, M. Gargantiel, perd la maîtrise de son automobile et se retrouve inconscient dans un fossé entre la route et une voie ferrée. Bien que la société OnStar, ayant localisé l'automobile de M. Gargantiel par satellite, communique avec le centre de gestion des appels de la SQ à plusieurs reprises et lui fournisse les coordonnées GPS de l'automobile accidentée, les agents de la SQ ne réussissent pas à la repérer et décident d'abandonner les recherches. Plus

automobile was found by chance by a railway worker near the location indicated by the GPS coordinates OnStar had provided to the SQ. Mr. Gargantiel was found nearby with severe hypothermia and other serious bodily injuries. Part of his right leg had to be amputated as a result of frostbite. Following the accident, he received compensation from the SAAQ for the whole of his bodily injury. He nonetheless claimed damages from the Attorney General of Quebec (“AGQ”) for injuries linked to the negligence of the SQ officers who had participated in the search for his car, namely the partial amputation of his right leg and the resulting physical and psychological damage.

[9] It is common ground that the question whether the actions brought by the appellants against the respondents in the two appeals are barred must be decided first having regard to the Act’s provisions. As a result, the alleged facts with regard to the accidents, injuries and faults are assumed to be true.

### III. Judicial History

#### A. *Godbout*

##### (1) Superior Court, 2013 QCCS 4866

[10] Roy J. of the Superior Court held that the appellants had a right to sue the respondents, provided that they could prove the existence of a separate fault and a separate injury. In reaching this conclusion, Roy J. considered herself bound by the wording of the question posed jointly by the parties, which read as follows: [TRANSLATION] “If the Court were to conclude that the defendants committed a medical fault while the plaintiff was hospitalized subsequently to the automobile accident and that that medical fault caused separate injuries, would section 83.57 of Quebec’s *Automobile Insurance Act* bar the plaintiffs’ action in damages?” It was therefore that specific question that Roy J. was answering hypothetically. Roy J. had to rule on this point without having heard any evidence, and she stressed, in addition, how difficult it would be for

de 40 heures après l’accident, l’automobile est découverte fortuitement par un cheminot près de l’endroit indiqué par les coordonnées GPS fournies par OnStar à la SQ. M. Gargantiel s’y trouve tout près, souffrant d’hypothermie grave et d’autres blessures corporelles sérieuses. Une partie de sa jambe droite doit être amputée en raison des séquelles d’engelures. À la suite de l’accident, il reçoit des indemnités de la SAAQ pour l’intégralité de son préjudice corporel. M. Gargantiel réclame cependant au procureur général du Québec (« PGQ ») des dommages-intérêts pour les préjudices liés à la négligence des agents de la SQ ayant participé à la recherche de son automobile, soit l’amputation partielle de sa jambe droite et les dommages physiques et psychologiques en résultant.

[9] Toutes les parties conviennent que la question de la recevabilité du recours intenté par les appelants contre les intimés dans chacun des pourvois doit être décidée en premier lieu au regard des dispositions de la Loi. À cette fin, les faits allégués concernant les accidents, les blessures et les fautes sont tenus pour avérés.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Godbout*

##### (1) Cour supérieure, 2013 QCCS 4866

[10] La juge Roy de la Cour supérieure reconnaît le droit des appelants de poursuivre les intimés, à condition qu’ils puissent faire la démonstration d’une faute distincte et d’un préjudice distinct. La juge Roy en arrive à cette conclusion, considérant être liée par le libellé de la question posée conjointement par les parties, laquelle question a été formulée comme suit : « Dans l’éventualité où la Cour en venait à la conclusion que les défendeurs ont commis une faute médicale lors de l’hospitalisation de la demanderesse subséquente à l’accident automobile et que cette faute médicale a causé des dommages distincts, l’article 83.57 de la *Loi sur l’assurance automobile du Québec* fait-il échec au recours en dommages-intérêts des demandeurs? » C’est donc à cette question précise que répond la juge Roy de façon théorique. En effet, la juge Roy



the appellants, if allowed to do so, to prove the existence of a separate fault and an injury separate from the one “caused by the accident” (para. 43 (CanLII)). She added that the fact that the appellants had received compensation from the SAAQ did not in itself mean that they had waived their right to sue the respondents in civil liability.

[11] Roy J. began by analyzing the relevant provisions of the Act and found no intention on the legislature’s part to exclude from the general law of civil liability cases in which a separate injury is caused by a fault committed by a third party subsequently to an automobile accident. After reviewing the case law, she noted that there are no cases either on the possibility of suing a third party who was responsible for a separate fault that caused a separate injury or on the scope of the prohibition against civil actions set out in s. 83.57 of the Act. In the absence of any final judgment to the effect that a third party cannot be sued for a fault and an injury separate from those committed and suffered at the time of the automobile accident, Roy J. held that s. 83.57 of the Act does not preclude such an action.

(2) Court of Appeal, 2015 QCCA 225

[12] St-Pierre J.A., who wrote the unanimous reasons of the Quebec Court of Appeal, allowed the appeal and set aside the trial judge’s decision. She concluded that s. 83.57 of the Act barred the appellants’ action in damages regardless of whether a subsequent medical fault and a separate injury caused by that fault were to be proved. In her opinion, this conclusion, which she described as plausible and logical, was preferable to accepting a breach in the no-fault compensation scheme provided for in the Act. Such a breach could weaken the scheme and the protection it confers on victims of automobile accidents, as the SAAQ might then refuse to compensate victims who have received medical care if that care aggravated or may have aggravated their bodily injury.

doit se prononcer en l’absence de toute preuve et souligne d’ailleurs la difficulté à laquelle les appelants s’exposent, le cas échéant, pour prouver l’existence d’une faute distincte et d’un préjudice distinct de celui « causé par l’accident » (par. 43 (CanLII)). La juge Roy ajoute que le seul fait d’avoir encaissé les indemnités versées par la SAAQ ne signifie pas, en soi, que les appelants ont renoncé à poursuivre les intimés en responsabilité civile.

[11] La juge Roy analyse d’abord les dispositions pertinentes de la Loi et n’y décèle aucune intention du législateur d’exclure du régime général de la responsabilité civile les cas où une faute commise par une tierce partie, postérieurement à l’accident d’automobile, cause un préjudice distinct. Sur la base de son examen de la jurisprudence, elle souligne qu’aucune décision ne traite de la possibilité de poursuivre un tiers responsable pour une faute distincte causant un préjudice distinct, ou encore de l’étendue de la prohibition de tout recours civil énoncée à l’art. 83.57 de la Loi. Vu l’absence de tout jugement final ayant conclu à l’impossibilité de poursuivre une tierce partie pour une faute et un préjudice distincts de ceux survenus lors de l’accident d’automobile, la juge Roy conclut que l’art. 83.57 de la Loi ne fait pas obstacle à un tel recours.

(2) Cour d’appel, 2015 QCCA 225

[12] La juge St-Pierre, qui rédige les motifs unanimes de la Cour d’appel du Québec, accueille le pourvoi et infirme le jugement de première instance. La juge St-Pierre en arrive à la conclusion que l’art. 83.57 de la Loi fait échec au recours en dommages-intérêts des appelants, même si une faute médicale subséquente ainsi que des dommages distincts découlant de cette faute étaient prouvés. Selon elle, cette conclusion, qu’elle qualifie de plausible et logique, est préférable à l’acceptation d’une brèche dans le régime d’indemnisation sans égard à la faute prévu par la Loi. Une telle brèche risquerait de fragiliser le régime et la protection qu’il confère aux victimes d’accidents d’automobile, étant donné que la SAAQ pourrait alors refuser d’indemniser des victimes ayant reçu des soins médicaux qui ont entraîné ou sont susceptibles d’avoir entraîné une aggravation de leur préjudice corporel.

[13] Before arriving at that conclusion, St-Pierre J.A. summarized the legal principles that apply in this area of the law, stressing that, [TRANSLATION] “if importing a concept of causation originating in the law of civil liability into the [Act] could have effects or consequences that might frustrate its primary purpose, that cannot be proposed, tolerated or accepted” (para. 51 (CanLII)). With this in mind, she was of the opinion that the trial judge had erred in applying the intervening cause (“*novus actus interveniens*”) doctrine to hold that s. 83.57 of the Act did not apply. St-Pierre J.A. explained that the conditions for applying that doctrine were not met even though the alleged facts were assumed to be true. She noted that the doctrine “applies only if two essential criteria are met — (1) a total break in the chain of causation and (2) the establishment of a new chain based on an act that is not directly related to the initial fault” (para. 60). In St-Pierre J.A.’s view, the alleged facts did not support a finding that there was no longer any link between the automobile accident and the injury in question or that a new link had come to exist because of inadequate medical treatment unrelated to the accident. In short, although the medical care at issue may have resulted in a medical fault, it had been provided in connection with the automobile accident for the purpose of treating the injury suffered in that accident. At issue in this case is, at most, an “aggravated injury” or “contributory fault”, not a “separate” injury. Yet such concepts are irrelevant in the context of a no-fault compensation scheme such as that of the Act. Any automobile accident victim is thus compensated under the Act for the whole of his or her bodily injury and is barred from bringing an action in civil liability against a third party if that party has in fact committed a fault.

[14] St-Pierre J.A. also commented on the subject of waiver of the right to bring an action, although she acknowledged that it might not be necessary to rule on this ground of appeal. In any event, she concluded that where compensation payments are claimed, received and accepted, as Ms. Godbout did, there is a rebuttable presumption that she and the SAAQ recognize that the compensation scheme

[13] Avant de conclure ainsi, la juge St-Pierre résume d’abord les principes de droit applicables en la matière et souligne notamment que « si l’importation dans la [Loi] d’un concept de causalité émanant du droit de la responsabilité civile est susceptible d’engendrer des impacts ou des conséquences susceptibles d’en contrecarrer l’objectif principal, cela ne peut être ni proposé, ni toléré, ni accepté » (par. 51 (CanLII)). Partant, elle est d’avis que la juge de première instance a fait erreur en concluant à l’application de la théorie du *novus actus interveniens* (« fait nouveau ») pour faire échec à l’art. 83.57 de la Loi. La juge St-Pierre explique que les conditions d’application de cette théorie ne sont pas présentes, même si les faits allégués sont tenus pour avérés. Elle rappelle que cette théorie « ne s’applique qu’en présence de deux éléments essentiels — (1) une rupture totale du premier lien de causalité et (2) la relance d’un nouveau lien en raison d’un acte sans rapport direct avec la faute initiale » (par. 60). Selon la juge St-Pierre, les faits allégués ne permettent de conclure ni à la disparition du lien entre l’accident d’automobile et le préjudice subi, ni à l’avènement d’un nouveau lien en raison du traitement médical inadéquat sans rapport avec cet accident. Bref, bien qu’ils aient pu donner lieu à une faute médicale, les soins médicaux en cause ont été prodigués en lien avec l’accident d’automobile afin de traiter le préjudice causé par cet accident. Il s’agit, au mieux, d’un cas de « dommages aggravés » ou de « fautes contributoires » plutôt que d’un préjudice « distinct ». Or, de tels concepts ne s’appliquent pas dans le contexte d’un régime d’indemnisation sans égard à la responsabilité tel que celui prévu par la Loi. L’ensemble du préjudice corporel de toute victime d’un accident d’automobile est donc indemnisé par application de la Loi, sans possibilité de recours en responsabilité civile contre une tierce partie si tant est qu’elle soit fautive.

[14] La juge St-Pierre s’est également prononcée au sujet de la renonciation au droit d’engager un recours, tout en reconnaissant qu’il n’était peut-être pas nécessaire de décider de ce moyen d’appel. À tout événement, elle en arrive à la conclusion que le fait de réclamer, de recevoir et d’encaisser des indemnités, comme l’a fait M<sup>me</sup> Godbout, crée une présomption réfutable selon laquelle cette dernière

under the Act applies and that any other action is accordingly barred by law.

B. *Gargantiel*

(1) Superior Court, 2013 QCCS 1888

[15] Mayer J. of the Superior Court granted the AGQ's motion to dismiss, finding that causation is given a large and liberal interpretation in the context of the Act and that the intervening cause doctrine was therefore not relevant. In his view, this finding flowed in particular from a number of decisions of the Administrative Tribunal of Québec ("ATQ"), which he summarized as follows: [TRANSLATION] "... the SAAQ must provide compensation, in accordance with the principles set out in the Act, for any bodily injury suffered by a victim of an automobile accident either in the accident itself or while the injuries suffered in the accident are healing, regardless of whether the injury in question results directly from the original injuries, from the treatment received, from any complications that may result from that treatment, from a fortuitous event or even from the fault of a third party who is involved in the above" (para. 54; see also para. 68 to the same effect (CanLII)). Mayer J. noted that when the Act applies, it operates exclusively, even where a separate fault can be attributed to a third party. In this case, because the alleged fault of the SQ officers had been committed only after Mr. Gargantiel's automobile accident, the whole of the resulting injury was covered by the Act and the prohibition against civil actions applied. In Mayer J.'s opinion, Mr. Gargantiel's acceptance of the compensation paid by the SAAQ for the whole of his bodily injury entailed a waiver of any action against any person in respect of any injury that resulted from the automobile accident.

(2) Court of Appeal, 2015 QCCA 224

[16] The Court of Appeal, per St-Pierre J.A. in this case, too, dismissed the appeal on the basis that Mr. Gargantiel's two grounds of appeal were without merit. On the first ground, which had to do with the analysis of causation and of the application of the intervening cause doctrine, St-Pierre J.A. disagreed

et la SAAQ reconnaissent que le régime d'indemnisation prévu par la Loi est applicable et que tout autre recours est donc irrecevable en droit.

B. *Gargantiel*

(1) Cour supérieure, 2013 QCCS 1888

[15] Le juge Mayer de la Cour supérieure accueille la requête en irrecevabilité du PGQ, concluant que la causalité est interprétée de façon large et libérale dans le contexte de la Loi, si bien que la théorie du *novus actus interveniens* n'est pas pertinente. Cette conclusion, selon le juge Mayer, découle notamment de plusieurs décisions du Tribunal administratif du Québec (« TAQ »), qu'il résume comme suit : « . . . tout préjudice corporel subi par une victime d'un accident d'automobile, immédiatement ou pendant la consolidation des blessures subies lors de l'accident, doit être indemnisé par la SAAQ suivant les principes édictés par la Loi, que ce préjudice résulte directement de la blessure, des traitements reçus, des complications pouvant en découler, d'un événement fortuit ou même de la faute d'un tiers y étant associés » (par. 54; voir aussi par. 68 au même effet (CanLII)). Le juge Mayer souligne que lorsque la Loi s'applique, elle intervient de façon exclusive, même en présence d'une faute distincte imputable à un tiers. En l'espèce, la faute alléguée des agents de la SQ n'ayant été commise qu'à la suite de l'accident d'automobile de M. Gargantiel, l'ensemble du préjudice qui en découle est couvert par la Loi et la prohibition de tout recours civil s'applique. Selon le juge Mayer, comme M. Gargantiel a accepté les indemnités versées par la SAAQ pour l'ensemble de son préjudice corporel, cela entraîne une renonciation à tout recours contre toute personne quant à tout préjudice ayant découlé de l'accident d'automobile.

(2) Cour d'appel, 2015 QCCA 224

[16] La Cour d'appel, toujours sous la plume de la juge St-Pierre, rejette l'appel au motif que les deux moyens d'appel de M. Gargantiel sont mal fondés. Sur le premier moyen, qui porte sur l'analyse de la causalité et de l'application de la théorie du *novus actus interveniens*, la juge St-Pierre rejette les

with Mr. Gargantiel’s arguments for the following three reasons:

1. Intervening cause is linked to the traditional civil law approach to causation, which must be disregarded when applying the provisions of the Act;
2. Even if the intervening cause doctrine were considered, the facts of the case would, in any event, not lead to the result advocated by Mr. Gargantiel;
3. The amputation and the injuries related to it clearly constituted bodily injury for which compensation could be paid under the Act, so that compensation stood in lieu of all rights and remedies.

[17] St-Pierre J.A. reviewed the facts of *Gargantiel* from the standpoint of causation. She noted that, although the injury suffered by Mr. Gargantiel may have been aggravated by the SQ officers’ fault, it could not be said that that injury was unrelated to the automobile accident: the injury he suffered resulted from a combination — or continuum — of events that were directly related to the accident and were inseparable from one another. St-Pierre J.A. accordingly concluded that the frostbite and subsequent amputation constituted an injury [TRANSLATION] “suffered in the accident” within the meaning of the Act (para. 41 (CanLII)).

[18] On the second ground of appeal with respect to waiver of the right to seek any remedy other than a claim for compensation under the Act, given that the compensation payments already made by the SAAQ had been accepted, St-Pierre J.A. applied the same presumption of waiver of the right to sue as in *Godbout*.

#### IV. Issues

[19] The main issue in these appeals is whether the Court of Appeal erred in law in concluding that s. 83.57 of the Act bars the actions in damages brought by Ms. Godbout and by Mr. Gargantiel, who allege that the parties against whom they brought

arguments de M. Gargantiel pour les trois raisons suivantes :

1. La notion de *novus actus interveniens* est liée à la conception traditionnelle civile de la causalité, laquelle doit être écartée lorsqu’il s’agit d’appliquer les dispositions de la Loi;
2. Même si la théorie du *novus actus interveniens* était considérée, les faits de l’espèce ne conduiraient pas, de toute manière, au résultat souhaité par M. Gargantiel;
3. L’amputation et les dommages qui y sont liés participent manifestement du dommage corporel couvert par les indemnités prévues par la Loi de sorte que ces indemnités tiennent lieu de tous droits et recours.

[17] Le juge St-Pierre analyse les faits de l’affaire *Gargantiel* sous l’angle du lien de causalité. Bien que la faute des agents de la SQ ait peut-être aggravé le préjudice subi par M. Gargantiel, elle souligne qu’il est impossible de prétendre que ce préjudice est étranger à l’accident d’automobile : le préjudice subi résulte d’un cumul de faits directement reliés à l’accident, d’une continuité d’événements liés à celui-ci, qui sont indissociables les uns des autres. Le juge St-Pierre en arrive donc à la conclusion que les engelures et l’amputation subséquente constituent un préjudice « causé dans l’accident » au sens de la Loi (par. 41 (CanLII)).

[18] Sur le deuxième moyen d’appel, fondé sur la renonciation au droit d’exercer tout recours autre que celui de réclamer les indemnités prévues par la Loi, vu l’encaissement des indemnités déjà payées par la SAAQ, la juge St-Pierre applique la même présomption de renonciation au droit de se pourvoir que celle énoncée dans l’affaire *Godbout*.

#### IV. Questions en litige

[19] La principale question en litige dans les présents pourvois consiste à déterminer si la Cour d’appel a fait erreur en droit en concluant que l’art. 83.57 de la Loi fait obstacle aux recours en dommages-intérêts intentés respectivement par M<sup>me</sup> Godbout et

those actions had committed faults that had caused them “separate” bodily injury. Ultimately, what must be determined is whether that bodily injury was “suffered . . . in an accident”, that is, in an “event in which damage is caused by an automobile”, within the meaning of the Act.

[20] The appellants submit that the Court of Appeal altered the issue before it, as St-Pierre J.A. referred in her analysis to an [TRANSLATION] “aggravated” injury rather than to a “separate” injury. The substance of that characterization was argued by the parties. In my view, the characterization is not central to the resolution of the main issue given the nature of the appropriate causal link in the context of the application of the Act. Regardless of whether the injury is characterized as aggravated or separate, it has a plausible, logical and sufficiently close link to an automobile accident and is accordingly covered by the compensation scheme provided for in the Act. In any event, although, at the preliminary stage, “the facts alleged in the motion must be assumed to be true . . . the court is not bound by the legal characterization of those facts” (*Canada (Attorney General) v. Confédération des syndicats nationaux*, 2014 SCC 49, [2014] 2 S.C.R. 477, at para. 20 (emphasis deleted; citations omitted)).

[21] An alternative issue in these appeals is whether the acceptance of the compensation payments received from the SAAQ bars any claim for damages from anyone in addition to or in lieu of that compensation. In principle, this issue need not be resolved in order to decide the appeals. Nevertheless, in view of the Court of Appeal’s comments regarding the existence of a “presumption of waiver”, this Court must clarify the legal reasoning that applies in this case.

par M. Gargantiel, lesquels reprochent aux parties visées par ces recours d’avoir commis des fautes leur ayant causé un préjudice corporel « distinct ». En définitive, il s’agit de décider si ce préjudice corporel est un préjudice « causé dans un accident », c’est-à-dire dans un « événement au cours duquel un préjudice est causé par une automobile » au sens de la Loi.

[20] Les appelants ont plaidé que la Cour d’appel avait modifié la question soumise, puisque la juge St-Pierre utilise le terme dommage « aggravé » au lieu de dommage « distinct » dans son analyse. La teneur de cette qualification a été débattue par les parties. Je suis d’avis que cette qualification n’est pas déterminante en l’espèce pour résoudre la principale question en litige, compte tenu de la nature du lien de causalité à retenir dans le contexte de l’application de la Loi. En effet, que les dommages soient qualifiés d’aggravés ou de distincts, ils demeurent liés de façon plausible, logique et suffisamment étroite à un accident d’automobile et sont en conséquence couverts par le régime d’indemnisation prévu par la Loi. À tout événement, bien qu’au stade préliminaire, « les faits allégués dans la requête doivent être tenus pour avérés [. . .], leur qualification juridique ne lie pas pour autant le tribunal » (*Canada (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux*, 2014 CSC 49, [2014] 2 R.C.S. 477, par. 20 (italiques omises; références omises)).

[21] Subsidiairement, les présents pourvois soulèvent la question de savoir si l’encaissement des indemnités versées par la SAAQ écarte tout droit de réclamer à quiconque des dommages-intérêts en sus ou en lieu et place de ces indemnités. En principe, il n’est pas nécessaire de répondre à cette question pour trancher les pourvois. Cependant, compte tenu des remarques de la Cour d’appel au sujet de l’existence d’une « présomption de renonciation », notre Cour doit clarifier le raisonnement juridique applicable en l’espèce.

## V. Analysis

### A. *Was the Bodily Injury “Suffered . . . in an Accident”?*

#### (1) Causal Link Under the Act

[22] The first paragraph of s. 83.57 of the Act reads as follows:

Compensation under this title stands in lieu of all rights and remedies by reason of bodily injury and no action in that respect shall be admitted before any court of justice.

[23] To determine the scope of this section, it is necessary to consider the framework of the Act, and in particular the definitions set out in it. The term “bodily injury” is defined in the Act as “any physical or mental injury, including death, suffered by a victim in an accident, and any damage to the clothing worn by a victim” (s. 2). An “accident” is defined as “any event in which damage is caused by an automobile” (s. 1). The Act also defines “damage caused by an automobile” as follows:

. . . any damage caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile, including damage caused by a trailer used with an automobile, but excluding damage caused by the autonomous act of an animal that is part of the load and injury or damage caused to a person or property by reason of an action performed by that person in connection with the maintenance, repair, alteration or improvement of an automobile;

[24] In addition, where there is a doubt as to whether bodily injuries were caused by an automobile, s. 12.1 of the Act provides that the SAAQ must be impleaded. This section is not intended to entitle an automobile accident victim to bring a civil action against a third party in respect of an injury that is covered by the Act, but concerns the determination of whether the causal link needed for the Act to apply exists in a given case.

## V. Analyse

### A. *Le préjudice corporel a-t-il été « causé dans un accident »?*

#### (1) Le lien de causalité dans le cadre de la Loi

[22] Le premier alinéa de l’art. 83.57 de la Loi est rédigé ainsi :

Les indemnités prévues au présent titre tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d’un préjudice corporel et nulle action à ce sujet n’est reçue devant un tribunal.

[23] Afin de déterminer la portée de cette disposition, il est nécessaire de se reporter au cadre de la Loi, et notamment aux définitions qu’elle contient. Le terme « préjudice corporel » y est défini comme étant « tout préjudice corporel d’ordre physique ou psychique d’une victime y compris le décès, qui lui est causé dans un accident, ainsi que les dommages aux vêtements que porte la victime » (art. 2). Un « accident » s’entend de « tout événement au cours duquel un préjudice est causé par une automobile » (art. 1). La Loi définit également ce que constitue un « préjudice causé par une automobile », c’est-à-dire

tout préjudice causé par une automobile, par son usage ou par son chargement, y compris le préjudice causé par une remorque utilisée avec une automobile, mais à l’exception du préjudice causé par l’acte autonome d’un animal faisant partie du chargement et du préjudice causé à une personne ou à un bien en raison d’une action de cette personne reliée à l’entretien, la réparation, la modification ou l’amélioration d’une automobile;

[24] De plus, lorsqu’il existe un doute sur la question de savoir si le préjudice corporel a été causé par une automobile, l’art. 12.1 de la Loi prévoit que la SAAQ doit être mise en cause. La raison d’être de cet article n’est pas de donner à la victime d’un accident d’automobile le droit d’exercer un recours civil contre un tiers pour un préjudice couvert par la Loi, mais bien de déterminer, dans un cas donné, si le lien de causalité requis pour entraîner l’application de la Loi est satisfait.

[25] Thus, where damage is caused by an automobile, there is an accident within the meaning of the Act. Compensation is then paid by the SAAQ for bodily injury suffered in the accident “regardless of who is at fault” (s. 5). Moreover, such compensation “stands in lieu of all rights and remedies by reason of bodily injury and no action in that respect shall be admitted before any court of justice” (s. 83.57 para. 1). This means that the Act provides for full compensation for bodily injury that falls within its ambit and accordingly bars any action in civil liability when the compensation provided for in the Act has been received.

[26] Furthermore, as is the practice in legislative drafting, the definitions in the Act are drafted in the present tense. One cannot on this basis draw any conclusions with respect to the temporal scope of the Act in order to limit, for example, the definition of an automobile accident (P.-A. Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at pp. 80-81; L.-P. Pigeon, *Drafting and Interpreting Legislation* (1988), at p. 14).

[27] The appeals actually raise the following question: Were the injuries suffered by Ms. Godbout and by Mr. Gargantiel “suffered . . . in an accident” within the meaning of the Act (“*causé dans un accident*” in the French version of the Act)? The difficulty in construing the word “*causé*” (caused) used in the French version of the Act in the context of the specific scheme of the Act stems mainly from its evocation of conceptions of causation that apply in the law of civil liability under the *Civil Code of Québec*. If the answer to this question is yes, which it will be in these appeals, then there is no need to consider the faults committed by the third parties who were involved in the accidents or in the injuries that resulted from those faults. In such a case, the victim can turn only to the SAAQ for compensation for the whole of the bodily injury “suffered . . . in an [automobile] accident”.

[28] In light of the context of the enactment of the Act and the legislature’s intent, on the one hand, and the principles applicable to the interpretation of

[25] Ainsi, lorsqu’un préjudice est causé par une automobile, il s’agit d’un accident au sens de la Loi. Dès lors, les indemnités versées par la SAAQ pour le préjudice corporel subi dans cet accident « le sont sans égard à la responsabilité de quiconque » (art. 5). Qui plus est, ces indemnités « tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d’un préjudice corporel et nulle action à ce sujet n’est reçue devant un tribunal » (art. 83.57 al. 1). C’est donc dire que la Loi voit à l’indemnisation complète d’un préjudice corporel entrant dans son champ d’application et interdit en conséquence tout recours en responsabilité civile lorsque les indemnités prévues par la Loi ont été perçues.

[26] Par ailleurs, conformément à la pratique dans le domaine de la rédaction législative, les définitions contenues dans la Loi sont rédigées à l’indicatif présent. On ne peut de ce fait inférer des conclusions sur la portée de la Loi dans le temps afin de restreindre, par exemple, la définition d’un accident d’automobile (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), par. 275 et 278; L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1986), p. 30).

[27] Les pourvois soulèvent en réalité la question suivante : Le préjudice subi respectivement par M<sup>me</sup> Godbout et par M. Gargantiel a-t-il été « causé dans un accident » au sens de la Loi? La difficulté que pose l’interprétation du mot « causé » dans le cadre du régime particulier de la Loi tient surtout aux notions de causalité qu’il évoque en droit de la responsabilité civile basée sur le *Code civil du Québec*. Si la réponse à cette question est affirmative, et ce sera le cas en l’espèce, il sera alors inutile de s’attarder au comportement fautif des tiers impliqués dans la survenance de l’accident ou du préjudice qu’a entraîné ce comportement fautif. En effet, dans un tel cas, la victime peut uniquement s’adresser à la SAAQ pour être indemnisée de l’ensemble du préjudice corporel qui lui est « causé dans un accident » d’automobile.

[28] Compte tenu du contexte de l’adoption de la Loi et de l’intention du législateur, d’une part, et des principes applicables à l’interprétation de la Loi,

the Act, on the other, I am of the opinion that the appropriate causal link in the context of the compensation scheme established by the Act cannot be the same as or be derived from the one that prevails in the general law of civil liability: it is *sui generis* in nature. It must be given a large and liberal interpretation that will further the Act's purpose, although that interpretation must also be plausible and logical. Whether such a link exists is primarily a question of logic and fact, and depends on the circumstances of each case. The appropriate causal link in the context of the Act is of course not as strong as the one that applies in the law of civil liability. We must therefore refrain from borrowing from concepts associated with the traditional form of causality, such as the distinction between the occasion and cause of the injury. For the purposes of the Act, it will be enough to establish a sufficiently close link between the bodily injury and the automobile accident; in contrast, a fortuitous connection will not suffice. Although this causal link has been expressed in different ways in the case law, it has been applied the same way in most of the judicial and tribunal decisions rendered since the Act came into force in 1978.

(2) Context of the Enactment of the Act, and the Legislative Intent

[29] The Act was enacted nearly 40 years ago to address the serious inequities then occurring in the compensation of victims for bodily injuries caused by automobiles. Those inequities resulted from the application of the fault-based principles of the general law of civil liability, which required victims to engage in lengthy and costly court proceedings in order to assert their right to reparation. Moreover, reparation for injuries was illusory in many cases, *inter alia* because the person at fault was insolvent or lacked adequate insurance coverage. Being of the view that automobile accidents were a "societal" risk that should be subject to exceptional rules, the legislature replaced the general law scheme then in force in Quebec with a no-fault compensation scheme. Its purpose in doing so was to simplify and speed up the compensation process and to guarantee that as many victims as possible would receive compensation by establishing a viable public scheme that spared them

d'autre part, je suis d'avis que le lien de causalité à retenir dans le cadre du régime d'indemnisation prévu par la Loi ne peut être assimilé ou emprunté à celui qui prévaut dans le cadre du régime général de la responsabilité civile : il a un caractère *sui generis*. Il doit recevoir une interprétation large et libérale, de nature à permettre la réalisation de l'objet de la Loi, tant et aussi longtemps que cette interprétation demeure plausible et logique. Son application demeure principalement une question de logique et de fait, en fonction des circonstances propres à chaque espèce. Le lien de causalité à appliquer dans le contexte de la Loi est certes moins strict qu'en responsabilité civile. Il faut donc éviter d'emprunter à des notions liées à la conception traditionnelle de la causalité, telles que la distinction entre l'occasion et la cause du préjudice. Pour les fins de la Loi, il suffira d'établir un lien suffisamment étroit entre le préjudice corporel et l'accident d'automobile; à l'inverse, un lien fortuit sera insuffisant. Bien que ce lien de causalité ait été exprimé de différentes façons dans la jurisprudence, il a néanmoins été appliqué de la même manière dans la majorité des décisions rendues par les tribunaux depuis l'avènement de la Loi en 1978.

(2) Le contexte de l'adoption de la Loi et l'intention du législateur

[29] La Loi a été adoptée il y a bientôt 40 ans afin de remédier aux graves iniquités que présentait alors l'indemnisation du préjudice corporel causé par une automobile. Ces iniquités découlaient de l'application du régime général de la responsabilité civile basée sur la faute, lequel obligeait les victimes à mener de longues et coûteuses procédures judiciaires pour faire valoir leur droit à réparation. En outre, dans bien des cas, la réparation du préjudice était illusoire en raison notamment de l'insolvabilité du fautif ou de l'absence de garantie d'assurance suffisante. Considérant que les accidents d'automobile constituaient un risque « sociétal » qui devait être assujéti à des règles exceptionnelles, le législateur a donc remplacé le régime de droit commun alors en vigueur au Québec par un régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité. Il l'a fait dans le but de simplifier, d'accélérer et de garantir l'indemnisation du plus grand nombre de victimes possible grâce à un



the considerable uncertainties of court proceedings. This was a societal choice that reflected a social compromise by which all drivers were to collectively assume the financial consequences of bodily injuries caused by automobile accidents. Any civil action with respect to such injuries has been prohibited since that time (see C. Belleau, *L'assurance automobile sans égard à la responsabilité: historique et bilan de l'expérience québécoise* (1998), at p. 58; D. Gardner, “L’interprétation de la portée de la *Loi sur l'assurance automobile*: un éternel recommencement” (2011), 52 *C. de D.* 167, at pp. 168-69 and 195; J. Perreault, *Assurance automobile au Québec: L'indemnisation du préjudice corporel des victimes d'accident d'automobile* (3rd ed. 2010), at pp. 4-8).

[30] As the legislature intended, an automobile accident victim who suffers bodily injury in the accident and as a result of events subsequent to the accident — related, for example, to care or treatment provided after the accident or to the acts of first responders (police officers, ambulance attendants, etc.) at the scene of the accident — need not identify someone who has committed a fault, is guilty or can be blamed for the aggravation or a “separate” part of his or her injury. The purpose of the Act is to ensure that the victim need not engage in costly and uncertain court proceedings in order to obtain compensation for the whole of his or her injury.

[31] The appellants in *Godbout* argue that the Court of Appeal’s decision [TRANSLATION] “deprived a victim of the right to bring an action in damages against a physician or a hospital after the victim was not treated in accordance with good practice where that medical or hospital fault caused injuries separate from the ones suffered in the automobile accident” (A.F. *Godbout*, at para. 5). They add that, [TRANSLATION] “in its judgment, the Court of Appeal confers immunity from liability on physicians and health care institutions that treat automobile accident victims” (A.F. *Godbout*, at para. 13).

[32] It is true that the Act ultimately confers civil immunity on everyone in respect of injuries suffered in automobile accidents (s. 5). This immunity

régime public viable leur évitant les aléas considérables des procédures judiciaires. Il s’agit d’un choix de société qui traduit un compromis social par lequel l’ensemble des automobilistes assument collectivement les conséquences financières des préjudices corporels causés par les accidents d’automobile. Tout recours civil à l’égard de tels préjudices est depuis interdit (voir C. Belleau, *L'assurance automobile sans égard à la responsabilité: historique et bilan de l'expérience québécoise* (1998), p. 58; D. Gardner, « L’interprétation de la portée de la *Loi sur l'assurance automobile*: un éternel recommencement » (2011), 52 *C. de D.* 167, p. 168-169 et 195; J. Perreault, *Assurance automobile au Québec: L'indemnisation du préjudice corporel des victimes d'accident d'automobile* (3<sup>e</sup> éd. 2010), p. 4-8).

[30] Conformément à l’intention du législateur, la victime d’un accident d’automobile qui subit un préjudice corporel à l’occasion de cet accident et d’événements qui s’ensuivent — qu’il s’agisse par exemple de soins ou traitements prodigués à la suite de l’accident ou de gestes posés par des intervenants de première ligne lors de l’accident (policiers, ambulanciers, etc.) — n’a pas à chercher un fautif, un coupable ou un responsable à qui imputer l’aggravation ou une partie « distincte » de son préjudice. L’objectif de la Loi est de permettre à la victime de passer outre à des procédures judiciaires onéreuses et incertaines en vue d’être indemnisée pour l’intégralité de son préjudice.

[31] Or, les appelants dans l’affaire *Godbout* soutiennent que l’arrêt de la Cour d’appel « retire le droit d’une victime d’exercer un recours en dommages-intérêts contre un médecin ou un hôpital lorsqu’elle n’a pas été traitée conformément aux règles de l’art et que cette faute médico-hospitalière a causé des dommages distincts de ceux causés par l’accident d’automobile » (m.a. *Godbout*, par. 5). Ils ajoutent que, « par son jugement, la Cour d’appel accorde une immunité de responsabilité aux médecins et aux établissements de soins de santé qui traitent une victime d’accident d’automobile » (m.a. *Godbout*, par. 13).

[32] Il est vrai que la Loi accorde en définitive à tous une immunité civile à l’égard du préjudice causé dans un accident d’automobile (art. 5). Cette immunité

applies with no exceptions, which means that it applies to physicians and health care institutions. Thus, unlike in the case of s. 605 of the *Highway Safety Code*, CQLR, c. C-24.2, which provides that “[n]o action in damages may be brought against a health care professional”, it was unnecessary for the legislature to expressly identify those to whom the immunity is granted. In any event, the granting of an immunity from civil actions is a result the legislature desired, and it has in fact enacted provisions to the same effect in the past. Let me explain.

[33] In Quebec, there are, in addition to the principles of the general law of civil liability, several public no-fault compensation schemes that apply to the victims of certain types of accidents or events. These schemes, which limit the possibility of bringing general law civil liability actions, thus create a kind of civil immunity in certain cases in favour of parties who would otherwise have to defend such actions.

[34] For example, in 1985, the Quebec legislature introduced a special scheme to compensate workers to whom industrial accidents happen, or who contract occupational diseases, by enacting the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, CQLR, c. A-3.001. As in the case of the Act, the establishment of that scheme was intended to remedy the uncertainties inherent in civil liability actions by ensuring that victims can obtain compensation quickly, and at a reduced cost to themselves. Injured workers must submit claims to the Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail that was established by that Act. With some exceptions, workers who are entitled to benefits under the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* may not apply to courts of law for compensation for injuries suffered as a result of industrial accidents. That Act confers an almost absolute civil immunity on the employer of a worker who is the victim of an industrial accident that has resulted in an employment injury, and a partial immunity on co-workers or mandataries (ss. 438 to 447).

s'applique sans exception, donc aussi aux médecins et aux établissements de soins de santé. Ainsi, contrairement à l'art. 605 du *Code de la sécurité routière*, RLRQ, c. C-24.2, qui précise qu'« [a]ucun recours en dommages-intérêts ne peut être intenté contre un professionnel de la santé », il était inutile pour le législateur, dans le cadre de la Loi, de préciser expressément à qui cette immunité est accordée. Dans tous les cas, la reconnaissance d'une immunité contre les recours civils est un résultat souhaité par le législateur, qui a d'ailleurs déjà légiféré en ce sens par le passé. Je m'explique.

[33] Il existe au Québec, en marge du régime de droit commun de la responsabilité civile, quelques régimes publics d'indemnisation sans égard à la faute applicables aux personnes victimes de certains types d'accidents ou d'événements. Ces régimes, qui limitent l'accès aux recours en responsabilité civile fondés sur le droit commun, créent donc en quelque sorte, dans certains cas, une immunité civile en faveur de ceux et celles qui autrement auraient à se défendre contre de tels recours.

[34] À titre d'exemple, le législateur québécois a instauré en 1985 un régime particulier d'indemnisation à l'intention des travailleurs victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle en édictant la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001. À l'instar de la Loi, l'instauration de ce régime vise à remédier aux aléas inhérents aux recours en responsabilité civile, en favorisant une indemnisation rapide des victimes et à moindre coût pour celles-ci. Le travailleur accidenté doit présenter sa réclamation à la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail instituée par cette loi. Sauf exception, les travailleurs qui ont droit à des prestations en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* ne peuvent s'adresser aux tribunaux de droit commun pour être indemnisés des préjudices subis en raison d'un accident du travail. Cette loi prévoit en effet une immunité civile à peu près complète en faveur de l'employeur d'un travailleur victime d'un accident du travail ayant entraîné une lésion professionnelle, ainsi qu'une immunité partielle en faveur des cotrailleurs ou des mandataires (art. 438 à 447).

[35] This brief comparison with the scheme of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* shows that the scheme established by the Act is not an exceptional one: indeed, there are other special compensation schemes that grant, in the public interest, a form of immunity from civil proceedings in the context of their application. Like the Act, the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* “expresses a well thought-out social compromise between various contradictory forces” (*Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 114). Such legislation “establishes a compensation system that is based on the principles of insurance and no-fault collective liability, the main purpose of which is compensation and thus a form of final liquidation of remedies” (*Béliveau St-Jacques*, at para. 114). Full effect must be given to the immunity it confers in order to ensure that these special schemes remain relevant and sustainable, as the legislature wishes. Furthermore, such “immunity” does not assist those who are at fault insofar as they remain accountable for their actions to the victims under the criminal law or to their professional orders under disciplinary law.

(3) Principles Applicable to the Interpretation of the Act

(a) *Rossy and Pram*

[36] This Court considered the principles applicable to the interpretation of the Act in *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136 (“*Rossy*”), a case concerning a man who had died when a tree fell on the automobile he was driving. In *Rossy*, LeBel J. essentially restated, with approval, the principles enunciated 20 years earlier in *Productions Pram inc. v. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738 (C.A.) (“*Pram*”). In *Pram*, Baudouin J.A. had had to determine whether a collision between a low-flying aircraft and a motor vehicle was an automobile accident for which compensation could be claimed under the Act by a passenger in the vehicle, who had been seriously injured.

[35] Ce bref parallèle avec le régime de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* démontre que celui instauré par la Loi n’est pas exceptionnel : il existe en effet d’autres régimes particuliers d’indemnisation qui accordent, dans l’intérêt des justiciables, une forme d’immunité contre les recours civils dans le cadre de leur application. À l’instar de la Loi, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* « transpose un compromis social, longuement mûri, entre diverses forces contradictoires » (*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 114). De telles lois « établi[ssent] en effet un système d’indemnisation fondé sur les principes d’assurance et de responsabilité collective sans égard à la faute, axé sur l’indemnisation et donc sur une forme de liquidation définitive des recours » (*Béliveau St-Jacques*, par. 114). Il faut donner plein effet aux immunités qu’elles contiennent, afin de maintenir la pertinence et la pérennité de ces régimes particuliers, comme le souhaite le législateur. Au surplus, de telles « immunités » ne sont d’aucun secours aux fautifs dans la mesure où ils continuent de devoir répondre de leurs actes devant les victimes en vertu du droit criminel ou devant leur ordre professionnel en vertu du droit disciplinaire.

(3) Les principes applicables à l’interprétation de la Loi

a) *Les arrêts Rossy et Pram*

[36] Notre Cour s’est déjà prononcée sur les principes applicables à l’interprétation de la Loi dans l’arrêt *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136 (« *Rossy* »), un pourvoi concernant un homme qui a perdu la vie lorsqu’un arbre est tombé sur l’automobile qu’il conduisait. Dans cette affaire, le juge LeBel a essentiellement repris, en les approuvant, les principes énoncés 20 ans plus tôt dans l’arrêt *Productions Pram inc. c. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738 (C.A.) (« *Pram* »). Dans *Pram*, le juge Baudouin de la Cour d’appel devait déterminer si une collision entre un avion volant à basse altitude et une automobile constituait un accident d’automobile à l’égard duquel des indemnités pouvaient être réclamées en vertu de la Loi par le passager du véhicule automobile, qui avait été grièvement blessé.

[37] *Rossy* and *Pram* were primarily concerned with identifying the purpose of the Act, which [TRANSLATION] “is essentially to ensure that victims of automobile accidents are compensated for their bodily injuries regardless of who is at fault. It also removes the assessment of damages from the courts and entrusts it to the [SAAQ]” (*Rossy*, at para. 19, quoting *Pram*, at p. 1740).

[38] In *Rossy*, LeBel J. stated that, “[i]n interpreting the provisions at issue, the Court must bear in mind the objectives of the Act, the broad reach it was intended to have, and the context in which it was enacted” (para. 19). He noted that “the Act is considered remedial legislation” and that, “[t]herefore, it must be interpreted in accordance with s. 41 of the *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16”, which means that “[i]t must be given a ‘large and liberal’ interpretation to ensure that its purpose is attained” (*Rossy*, at para. 21; see also D. Gardner, at p. 195; and R. Tétrault, “L’appréciation du lien de causalité entre le préjudice corporel et le fait accidentel dans le cadre de la *Loi sur l’assurance automobile*” (1998-99), 29 *R.D.U.S.* 245, at p. 316). This large and liberal interpretation based on the purpose of the Act has limits, however. It must still be plausible and logical having regard to the wording of the Act (*Rossy*, at para. 26; *Pram*, at p. 1741).

[39] The interpretation of the word “caused” and thus the analysis of the appropriate causal link in the context of the Act therefore call for a large and liberal approach. Referring once again to *Pram*, LeBel J. added that, “in determining whether the Act applies, a court must not look for a traditional causal link between fault and damage as is routinely done in delictual or quasi-delictual civil liability cases” (*Rossy*, at para. 28). In *Pram*, Baudouin J.A. had formulated three fundamental rules for identifying the causal link that is required in order for the Act to apply. These rules were quoted with approval in *Rossy*:

[TRANSLATION] The first is that the causal link required by the act is *sui generis*, and that in characterizing that link, it is unhelpful to rigidly adhere to any of the

[37] Les arrêts *Rossy* et *Pram* portaient avant tout sur la détermination de l’objet de la Loi, laquelle « a essentiellement pour but de veiller à ce que les victimes d’accidents d’automobile soient indemnisées sans égard à la responsabilité pour leurs dommages corporels. Elle retire aussi l’arbitrage des dommages aux tribunaux judiciaires et le confie à la [SAAQ] » (*Rossy*, par. 19, citant *Pram*, p. 1740).

[38] Dans *Rossy*, le juge LeBel affirme qu’« [e]n interprétant les dispositions en cause, la Cour doit garder à l’esprit les objectifs que vise la Loi, l’intention du législateur qu’elle ait une portée large, ainsi que le contexte dans lequel elle a vu le jour » (par. 19). Il souligne que « la Loi est considérée comme une loi remédiate » et qu’« [i]l faut donc l’interpréter conformément à l’art. 41 de la *Loi d’interprétation*, L.R.Q., ch. I-16 », ce qui signifie qu’« [e]lle doit recevoir une interprétation “large [et] libérale” afin de garantir l’accomplissement de son objet » (*Rossy*, par. 21; voir aussi D. Gardner, p. 195; et R. Tétrault, « L’appréciation du lien de causalité entre le préjudice corporel et le fait accidentel dans le cadre de la *Loi sur l’assurance automobile* » (1998-99), 29 *R.D.U.S.* 245, p. 316). Toutefois, cette interprétation large et libérale en fonction de l’objet de la Loi comporte néanmoins des limites. En effet, l’interprétation doit demeurer plausible et logique eu égard au libellé de la Loi (*Rossy*, par. 26; *Pram*, p. 1741).

[39] L’interprétation du mot « causé » et, en conséquence, l’analyse du lien de causalité à appliquer dans le cadre de la Loi commandent donc une approche large et libérale. Toujours en se référant à l’arrêt *Pram*, le juge LeBel ajoute que « pour décider si la Loi s’applique, les tribunaux n’ont pas à chercher un lien causal traditionnel entre la faute et le dommage, comme cela se fait couramment dans les causes civiles délictuelles ou quasi délictuelles » (*Rossy*, par. 28). À cet effet, dans *Pram*, le juge Baudouin a formulé trois règles fondamentales afin de statuer sur l’existence du lien de causalité nécessaire pour que s’applique la Loi, règles reprises et approuvées dans *Rossy* :

La première est que le lien de causalité requis par la loi est un lien *sui generis* et qu’il est vain, pour le qualifier, de s’enfermer dans les constructions doctrinales

traditional doctrinal constructs of *causa causans*, *causa proxima*, adequate causation, proximate causation and equivalence of conditions. Those theories are very helpful in the general law, particularly where the judge must assess the causal relationship between fault and damage. They are not helpful here.

The second is that the type of causality that must apply to the case cannot be determined without regard for the purposes of the act, which, it should not be forgotten, is remedial social legislation.

The third is that it is important to go back to the legislation itself. The act mentions damage caused not only by an automobile (which might suggest that the automobile must play an active role), but also by a load carried in or on an automobile or “*by the use thereof*”. [Emphasis in original . . .]

(*Rossy*, at para. 25, quoting *Pram*, at pp. 1741-42.)

[40] In *Rossy*, LeBel J. also reiterated the following principles with respect to causation in the context of the Act, which Baudouin J.A. had drawn from the case law and listed in *Pram*:

- The identification of a causal link remains a matter of logic and fact, and depends on the circumstances of each case.
- For the act to apply, it is not necessary for the vehicle to have entered directly into physical contact with the victim.
- It is not necessary for the vehicle to have been in motion when the damage occurred. Whether the vehicle’s role was active or passive is not determinative of causation.
- Whether the act that caused the damage was voluntary or involuntary is of no consequence.
- The mere use of the vehicle, that is, its use, handling and operation, is sufficient for the act to apply. The meaning of “damage caused by the use of the automobile” is broader than that of “damage caused by the automobile”.

traditionnelles de la *causa causans*, *causa proxima*, causalité adéquate, causalité immédiate ou équivalence des conditions. Ces théories sont d’un grand secours en droit commun, notamment lorsqu’il s’agit, pour le juge, d’évaluer le rapport causal entre la faute et le dommage. Elles ne le sont pas ici.

La seconde est qu’on ne peut divorcer la détermination du type de causalité qui doit s’appliquer à l’espèce des buts poursuivis par la loi, qui, rappelons-le, est une loi remédiatrice et à caractère social.

La troisième est qu’il est important de retourner au texte même. Celui-ci mentionne non seulement le dommage causé par une automobile (ce qui pourrait laisser supposer l’exigence d’un rôle actif de celle-ci), mais aussi par son chargement et « *par son usage* ». [En italique dans l’original . . .]

(*Rossy*, par. 25, citant *Pram*, p. 1741-1742.)

[40] Dans *Rossy*, le juge LeBel rappelle également les principes suivants sur la notion de causalité dans le contexte de la Loi, principes que le juge Baudouin a tirés de la jurisprudence et énumérés dans *Pram* :

- La détermination du lien causal reste une question de logique et de fait, fonction des circonstances propres à chaque espèce;
- L’application de la loi ne requiert pas que l’automobile soit entrée directement en contact physique avec la victime;
- Il n’est pas nécessaire que l’automobile ait été en mouvement au moment où le dommage a été causé. Le rôle actif ou passif du véhicule n’est pas un critère déterminant du lien de causalité;
- Le caractère volontaire ou involontaire du comportement qui a produit le dommage est sans importance;
- Le simple usage de l’automobile, c’est-à-dire son emploi, son utilisation, son maniement, son fonctionnement, est suffisant pour permettre de donner lieu à l’application de la loi. Le concept de « dommage causé par l’usage de l’automobile » est plus large que celui de « dommage causé par l’automobile »;

- The damage need not have been produced by the vehicle directly. It is enough that the damage occur in the general context of the use of the vehicle . . . .

(*Rossy*, at para. 27, citing *Pram*, at p. 1742.)

[41] LeBel J. ultimately endorsed in *Rossy* the principles that had previously been enunciated in *Pram*. He concluded that “there is no need to resort to traditional notions of causation, since the Act must be construed broadly and liberally in light of its objectives, the remedial and social nature of the scheme and the wording of the Act itself” (*Rossy*, at para. 26; see also para. 28 and *Pram*, at p. 1741). The Court of Appeal had added the following in *Pram*: [TRANSLATION] “However, this construction must remain plausible and logical having regard to the wording of the [A]ct” (p. 1741). With some exceptions, the courts have applied these principles in the majority of cases (see J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at para. 1-1208). It would therefore be contrary to these principles to hold that s. 83.57 of the Act must be interpreted narrowly because it deviates from the general law of civil liability.

(b) *Decisions of the ATQ*

[42] In accordance with the principles from *Pram* and *Rossy*, a number of decision makers of the administrative tribunal that hears appeals with respect to compensation paid by the SAAQ under the Act have interpreted the causation test broadly and liberally and have found that there is no break in the chain of causation between an accident and bodily injury even where there has been a subsequent fault on the part of a third party, as can be seen from the following comment from *R.C. v. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2007 QCTAQ 08233, 2007 CanLII 40372:

[TRANSLATION] The decisions of the CAS [Commission des affaires sociales, predecessor of the ATQ] and the ATQ [Administrative Tribunal of Québec] over the last 15 years have been almost unanimous. A connection between an initial accident and injuries caused by a new traumatic event must be considered to be “direct” if the

- Il n’est pas nécessaire que le dommage ait été produit directement par le véhicule lui-même. Il suffit qu’il se soit réalisé dans le cadre général de l’usage de l’automobile . . .

(*Rossy*, par. 27, citant *Pram*, p. 1742.)

[41] En définitive, dans *Rossy*, le juge LeBel réaffirme les principes énoncés préalablement dans l’arrêt *Pram*. Il conclut « qu’il n’est pas nécessaire de recourir aux notions traditionnelles de causalité puisque la Loi doit recevoir une interprétation large et libérale compte tenu des objectifs qu’elle poursuit, de la nature remédiate et du caractère social du régime qu’elle crée, de même que de son libellé » (*Rossy*, par. 26; voir aussi par. 28 et *Pram*, p. 1741). Tel que précisé dans *Pram*, « [c]ette interprétation doit cependant rester plausible et logique eu égard au libellé de la [L]oi » (p. 1741). Sauf exception, la jurisprudence a appliqué ces principes dans la majorité des cas (voir J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8<sup>e</sup> éd. 2014), par. 1-1208). Il serait donc contraire à ces principes de soutenir que l’art. 83.57 de la Loi doit être interprété de manière restrictive au motif qu’il déroge au droit commun de la responsabilité civile.

b) *Les décisions du TAQ*

[42] Se conformant aux principes énoncés dans les arrêts *Pram* et *Rossy*, un certain nombre de décideurs au sein du tribunal administratif chargé d’entendre les appels concernant les indemnités versées en vertu de la Loi par la SAAQ interprètent de façon large et libérale le critère de causalité et confirment la continuité du lien de causalité entre l’accident et le préjudice corporel, même en présence d’une faute subséquente d’une tierce partie, comme le démontre ce passage extrait de la décision *R.C. c. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2007 QCTAQ 08233, 2007 CanLII 40372 :

La jurisprudence de la CAS [Commission des affaires sociales, prédécesseur du TAQ] et du TAQ [Tribunal administratif du Québec] est quasi unanime depuis ces 15 dernières années. Un lien entre un accident initial et des blessures dues à un nouvel événement traumatique doit être considéré comme « direct » si les nouvelles

new injuries are suffered because of original injuries that have not yet stabilized. [Footnote omitted; emphasis deleted; para. 43.]

[43] The stabilization (*consolidation*) of injuries is a concept from the field of workers' compensation that the ATQ has used in applying the Act. Roy J. discussed it in her reasons in *Godbout* (trial judge's reasons, at paras. 31-34). What it means is that where the condition of an automobile accident victim is aggravated while his or her injuries are still being treated and have not yet healed or stabilized, that aggravation generally has a sufficient causal link to the accident to qualify for full compensation from the SAAQ.

[44] The stabilization concept is referred to in a large number of cases, which evinces in fact and in law a liberal application of the Act. For example, in *G.P.P. v. Québec (Société de l'assurance automobile)*, 2004 CanLII 68602 (ATQ), it was alleged that a medical fault had been committed in the treatment of injuries caused by an automobile accident. Although the ATQ applied the direct causation test, which on the face of it is part of the general law of civil liability, it nonetheless concluded that what are considered to be [TRANSLATION] "direct" include complications and other accidents that result either from the treatments or from injuries suffered while the victim is still being treated or his or her condition has not yet stabilized" (para. 6).

[45] In *J.W. v. Québec (Société de l'assurance automobile)*, 1998 LNQCTAQ 1230 (QL), an automobile accident victim had contracted hepatitis C from blood transfusions that had been performed while he was being operated on to treat injuries resulting from the accident. The ATQ held that there had been no [TRANSLATION] "break in the continuity of events between a cause and its effect" (para. 11) and that the causal link between the accident and the blood transfusions remained direct, which meant that the victim was eligible to receive compensation under the Act for the whole of his bodily injury.

[46] In *F.C. v. Québec (Société de l'assurance automobile)*, 2008 QCTAQ 10851, 2008 CanLII 64282,

blessures surviennent en raison des blessures initiales non encore consolidées. [Note en bas de page omise; caractères gras omis; par. 43.]

[43] La consolidation ou stabilisation des blessures est un concept qui a été développé en matière d'accidents du travail et qui est utilisé par le TAQ dans l'application de la Loi. Il est d'ailleurs examiné par la juge Roy dans l'affaire *Godbout* (motifs de première instance, par. 31-34). Ce concept implique que l'aggravation de l'état de la victime d'un accident d'automobile, alors que ses blessures sont encore traitées et ne sont pas guéries ou consolidées, conserve généralement un lien causal suffisant avec l'accident pour être pleinement indemnisée par la SAAQ.

[44] Le fait que le concept de consolidation soit repris dans bon nombre de décisions témoigne dans les faits et en droit d'une application libérale de la Loi. À titre d'exemple, dans *G.P.P. c. Québec (Société de l'assurance automobile)*, 2004 CanLII 68602 (TAQ), on alléguait une faute médicale survenue lors du traitement de blessures causées par un accident d'automobile. Bien que le TAQ applique le critère du lien direct de causalité, en apparence propre au régime général de la responsabilité civile, il conclut néanmoins que sont considérés « "directs" les complications et autres accidents découlant soit des traitements ou des blessures subis pendant que la victime est encore sous traitement ou non consolidée » (par. 6).

[45] Dans *J.W. c. Québec (Société de l'assurance automobile)*, 1998 LNQCTAQ 1230 (QL), la victime d'un accident d'automobile contracte l'hépatite C à la suite de transfusions sanguines effectuées lors d'une chirurgie requise pour traiter ses blessures liées à l'accident. Le TAQ conclut qu'il n'y a pas eu « rupture de la continuité des événements entre une cause et son effet » (par. 11), et que le lien de causalité entre l'accident et les transfusions sanguines demeure direct, ce qui permet donc à la victime d'être indemnisée en vertu de la Loi pour l'ensemble de son préjudice corporel.

[46] Dans l'affaire *F.C. c. Québec (Société de l'assurance automobile)*, 2008 QCTAQ 10851, 2008

review denied in 2009 QCTAQ 09478, 2009 CanLII 54439, the ATQ found that a psychological injury resulting from harassment of an automobile accident victim by an employee involved in her rehabilitation constituted, under the Act, bodily injury caused by an automobile.

[47] There are other cases in which the ATQ held that the [TRANSLATION] “progression” of an injury, or the “aggravation” or “deterioration” of a pre-existing condition after an accident, was covered by the Act if the accident was shown to be its cause: *D.H. v. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2011 QCTAQ 4101, 2011 LNQCTAQ 110 (QL); *M.C. v. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2010 QCTAQ 09161, 2010 CanLII 80613; *S.F. v. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2011 QCTAQ 08760, 2011 CanLII 71337.

[48] These few examples show that in interpreting and applying the Act, the ATQ has adopted a large and liberal interpretation of causation to enable automobile accident victims to obtain full compensation. Although the ATQ has frequently referred to the test of a “direct” link, such a test could lead to confusion with the principles of the general law of civil liability. It is my view that the test that must be applied is that of a plausible, logical and sufficiently close link between the injury and the accident. Thus, a fault committed by a third party between the time of the accident and that of the victim’s full recovery will not suffice to break the chain of causation, provided that the link remains plausible, logical and sufficiently close. This causal link could continue to exist even after a victim appears to have recovered if an injury becomes apparent afterwards (consider, for example, the case of fibromyalgia: *Québec (Société de l’assurance automobile) v. Viger*, [2000] R.J.Q. 2209 (Que. C.A.); *Chalifoux v. Québec (Commission des affaires sociales)*, 2003 CanLII 72168 (Que. C.A.)).

[49] The language of the Act, when interpreted in light of the context in which it was enacted, the legislative intent and the principles from *Pram*

CanLII 64282, révision refusée dans 2009 QCTAQ 09478, 2009 CanLII 54439, le TAQ conclut que le préjudice psychologique engendré par le harcèlement d’une victime d’un accident d’automobile par un préposé participant à la réadaptation de cette dernière demeure, en vertu de la Loi, un préjudice corporel causé par une automobile.

[47] Dans d’autres décisions du TAQ, il a été jugé que la « progression » du préjudice, ou encore l’« aggravation » ou la « dégradation » d’une condition préexistante depuis l’accident, sont couverts par la Loi s’il est démontré que l’accident en est la cause : *D.H. c. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2011 QCTAQ 4101, 2011 LNQCTAQ 110 (QL); *M.C. c. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2010 QCTAQ 09161, 2010 CanLII 80613; *S.F. c. Québec (Société de l’assurance automobile)*, 2011 QCTAQ 08760, 2011 CanLII 71337.

[48] À la lumière de ces quelques exemples, il faut reconnaître que, dans le cours de son interprétation et de son application de la Loi, le TAQ a interprété la causalité d’une manière large et libérale, afin de permettre aux victimes d’accidents d’automobile de bénéficier d’une indemnisation complète. Bien que le TAQ utilise fréquemment le critère dit du lien « direct », celui-ci peut prêter à confusion avec les règles du régime général de responsabilité civile. Je suis d’avis que le critère qui doit s’appliquer est celui du lien plausible, logique et suffisamment étroit entre le préjudice et l’accident. Dès lors, la survenance d’une faute commise par un tiers entre le moment de l’accident et le rétablissement complet de la victime ne suffira pas pour rompre ce lien de causalité, en autant qu’il demeure plausible, logique et suffisamment étroit. Ce lien de causalité pourrait même subsister après le rétablissement apparent d’une victime en cas de préjudice qui se manifeste par la suite (voir à titre d’exemple le cas de la fibromyalgie : *Québec (Société de l’assurance automobile) c. Viger*, [2000] R.J.Q. 2209 (C.A. Qc); *Chalifoux c. Québec (Commission des affaires sociales)*, 2003 CanLII 72168 (C.A. Qc)).

[49] Lorsqu’interprétés à la lumière du contexte de l’adoption de la Loi, de l’intention du législateur ainsi que des principes élaborés dans les arrêts



and *Rossy*, ultimately leads to the conclusion that, provided that there is a plausible, logical and sufficiently close link between, on the one hand, the automobile accident and the subsequent events (in the context of these appeals, the fault of a third party) and, on the other hand, the resulting injury, the Act will cover the whole of the injury. Thus, the fact that the injury in question has an “aggravated” or “separate” aspect that can be attributed to events that occurred subsequently to the automobile accident is immaterial: those events will be deemed to be part of the accident, and therefore of the cause of the whole of the injury.

(4) Challenge by the Appellants to the Principles Applicable to the Interpretation of the Act

[50] Though they deny it, the appellants are in my view, by arguing that the intervening cause doctrine applies, challenging the principles from *Pram* and *Rossy*, which have been applied consistently in the relevant cases, including those of the ATQ. The intervening cause doctrine presupposes a new event that caused a break in the chain of causation between the initial fault and the injury. It is thus grounded in the concept of fault, here the fault of a third party that caused a break in the chain of causation (Baudouin, Deslauriers and Moore, at paras. 1-691 to 1-697). Applying it in the context of the Act is clearly contrary to the principles enunciated by Baudouin J.A. in *Pram*, which this Court endorsed in *Rossy*. The intervening cause doctrine is part of the general law and is of no assistance in assessing the causal relationship between an automobile accident and bodily injury that results from the accident in the context of the no-fault compensation scheme provided for in the Act.

[51] Furthermore, adopting the appellants’ position on the interpretation and application of the Act would in my view cause a breach in this compensation scheme, which would have consequences that St-Pierre J.A. described as follows:

[TRANSLATION] To make or accept a breach in the compensation scheme established by the [Act] in order to accommodate fact situations like the one in the instant

*Pram* et *Rossy*, les termes de la Loi permettent en définitive de conclure que tant qu’il existe un lien plausible, logique et suffisamment étroit entre, d’une part, l’accident d’automobile et les événements qui s’ensuivent (en l’occurrence la faute d’un tiers) et, d’autre part, le préjudice qui en résulte, l’ensemble de ce préjudice sera couvert par la Loi. Ainsi, il importe peu que ce préjudice comporte une portion « aggravée » ou « distincte » attribuable à des événements qui surviennent dans la foulée de l’accident d’automobile : ces événements seront réputés comme faisant partie de l’accident, et donc de la cause du préjudice dans son intégralité.

(4) La remise en cause par les appelants des principes applicables à l’interprétation de la Loi

[50] À mon avis, bien qu’ils s’en défendent, en plaçant l’application de la théorie du *novus actus interveniens*, les appelants remettent en question les principes qui ont été dégagés dans les arrêts *Pram* et *Rossy* et qui sont appliqués de façon constante dans la jurisprudence pertinente, y compris celle du TAQ. Cette théorie suppose un événement nouveau qui entraîne une rupture du lien de causalité entre la faute initiale et le préjudice subi. Elle fait donc appel à la notion de faute, en l’occurrence la faute d’un tiers ayant occasionné une rupture du lien de causalité (Baudouin, Deslauriers et Moore, par. 1-691 à 1-697). L’application de cette théorie dans le cadre de la Loi va manifestement à l’encontre des principes énoncés par le juge Baudouin dans *Pram* et confirmés par notre Cour dans *Rossy*. Elle relève du droit commun et n’est d’aucun soutien dans la détermination du rapport causal entre un accident d’automobile et le préjudice corporel qui en résulte dans le cadre du régime d’indemnisation sans égard à la responsabilité de quiconque que prévoit la Loi.

[51] De plus, retenir la position des appelants sur l’interprétation et l’application de la Loi ouvrirait selon moi une brèche dans ce régime d’indemnisation, avec les conséquences qu’a décrites ainsi la juge St-Pierre :

Faire ou accepter une brèche dans le régime d’indemnisation mis en place par la [Loi], aux fins d’accommoder des situations factuelles de la nature de celle qui

case would have as a consequence, in particular, that the SAAQ might in future refuse or decline to compensate, in whole or in part, an automobile accident victim who has been treated by medical practitioners (which is almost always the case where an automobile accident is not insignificant) or might question its obligation and its competence to do so on the basis of an aggravation of the injuries for which the health professionals who have treated the automobile accident victims are or may be responsible.

(*Godbout*, C.A. reasons, at para. 68)

[52] Nevertheless, the appellants cite some cases in which Quebec courts have concluded that there was a break in the chain of causation between an automobile accident and bodily injury in specific circumstances. They also cite cases to the same effect from other Canadian provinces. In the cases in question, the courts relied on the intervening cause doctrine or used similar language to find that there had been a break in the chain of causation, which is always possible where, after the automobile accident, a new event occurs or a third party commits a fault that has the effect of aggravating an initial injury or causing a separate injury. It will therefore be necessary to consider those cases in order to assess their relevance.

(a) *Quebec Cases*

[53] Only a few Quebec cases with respect to the Act have departed from the principles that were established in *Pram* and endorsed in *Rossy*. Moreover, those few cases are of only negligible weight, either because they predated *Pram* and *Rossy*, because they were based on a case from the 1960s whose principles are no longer relevant today, or because they quite simply deviated from the principles from *Pram* and *Rossy*. I should add that no final decision has as yet been rendered on the question before the Court in the cases at bar.

[54] More specifically, in some of the cases the appellants cite, the analysis of the causal link was essentially based on principles articulated in *Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd.*,

prévaut dans le présent dossier, aurait notamment pour conséquence que la SAAQ pourrait dorénavant refuser ou s'abstenir d'indemniser la victime d'accident d'automobile sous les soins du corps médical (ce qui est quasi toujours le cas dès qu'un accident d'automobile n'est pas insignifiant), en tout ou en partie, ou se questionner quant à son obligation et quant à sa compétence de le faire, au motif d'une aggravation des dommages dont les professionnels de la santé appelés à soigner les victimes d'accident d'automobile seraient ou pourraient être responsables.

(*Godbout*, motifs de la C.A., par. 68)

[52] Néanmoins, les appelants renvoient à certaines décisions des tribunaux du Québec qui ont conclu, dans certaines circonstances, à la rupture du lien de causalité entre un accident d'automobile et un préjudice corporel. Ils renvoient aussi à des décisions émanant d'autres provinces canadiennes dans le même sens. Ces décisions s'appuient sur la notion de *novus actus interveniens* ou encore utilisent des termes au même effet pour conclure à une rupture du lien de causalité, ce qui est toujours possible lorsqu'un événement nouveau ou la faute d'un tiers survient après l'accident d'automobile avec pour effet d'aggraver un préjudice initial ou de causer un préjudice distinct. Il y a donc lieu de se pencher sur ces décisions afin d'en mesurer la pertinence.

a) *Décisions rendues au Québec*

[53] Peu de décisions rendues au Québec au sujet de la Loi se sont écartées des principes établis dans *Pram* et confirmés dans *Rossy*. En outre, ces quelques décisions n'ont qu'un poids négligeable, soit parce qu'elles ont été rendues antérieurement à *Pram* et *Rossy*, soit parce qu'elles sont basées sur un arrêt datant des années soixante dont les principes ne sont plus pertinents aujourd'hui, ou encore parce qu'elles ont tout simplement dérogé aux principes établis dans *Pram* et *Rossy*. Qui plus est, aucune décision finale n'a encore été rendue à ce jour sur la question dont la Cour est saisie en l'espèce.

[54] Plus particulièrement, certaines des décisions évoquées par les appelants fondent essentiellement leur analyse du lien de causalité sur les principes dégagés dans l'arrêt *Law, Union & Rock Insurance*

[1960] S.C.R. 80, a case that concerned the application of a private insurance contract in the context of an automobile accident. The causation test applied in that case was that of a chain of causation that must not be broken or severed by the interposition of a new act of negligence. *Moore's Taxi* has little bearing on the interpretation and application of the causation test for a public no-fault compensation scheme under remedial social legislation such as the Act.

[55] This being said, in *Badeaux v. Corp. intermunicipale de transport de la Rive-sud de Québec*, [1986] J.Q. n° 473 (QL), the plaintiff alleged negligence on the part of the driver of a bus from which she had disembarked before falling on an icy sidewalk. The driver's employer, the transit authority, argued in its defence that this was an accident caused by the use of an automobile. Bergeron J. of the Superior Court could not find that there had been an automobile accident, and accordingly dismissed the transit authority's motion to dismiss. In his analysis, he referred to the causation test that had been applied in *Moore's Taxi*. Although he acknowledged the remedial nature of the Act, he observed that it represented an exception to the principles of the general law of civil liability. He added that [TRANSLATION] "all the conditions imposed by the Act must be met, without exception and with certainty, for the Act to apply" (para. 13). On the issue of causation, he found that a cause that was merely circumstantial, fortuitous or remote from the accident was insufficient and that "[t]his causal link must not be stretched unduly by trying to link to the use of an automobile damage that, in reality, results from a completely different cause" (para. 16). Finally, Bergeron J. stated that "[i]t must simply be concluded that any new fact, independent of the use of the automobile, that arises as a cause of the damage breaks the chain of causation with the vehicle and precludes the application of the Automobile Insurance Act" (para. 35). I note that the action of the plaintiff in that case was ultimately dismissed on the merits (judgment dated January 30, 1987). I also note that at the interlocutory stage of the motion to dismiss, it was prudent for Bergeron J. to dismiss the motion, especially given

*Co. c. Moore's Taxi Ltd.*, [1960] R.C.S. 80. Cet arrêt porte sur l'application d'un contrat d'assurance privé en matière d'accident d'automobile. Le critère de causalité qui y est utilisé est celui de la chaîne de causalité qui ne doit pas être rompue ou interrompue par la survenance d'un nouvel acte de négligence. L'arrêt *Moore's Taxi* a peu à voir avec l'interprétation et l'application du critère de causalité dans le cadre d'un régime public d'indemnisation sans égard à la responsabilité établi par une initiative législative de nature réparatrice et sociale comme la Loi.

[55] Cela dit, dans l'affaire *Badeaux c. Corp. intermunicipale de transport de la Rive-sud de Québec*, [1986] J.Q. n° 473 (QL), la demanderesse invoquait la négligence du conducteur de l'autobus duquel elle était descendue avant de chuter sur un trottoir glacé. En défense, l'employeur du conducteur, soit la société de transport, plaidait qu'il s'agissait d'un accident causé par l'usage d'une automobile. Ne pouvant conclure à l'existence d'un accident d'automobile, le juge Bergeron de la Cour supérieure rejette la requête en irrecevabilité de la société de transport. Il fait état dans son analyse du critère de causalité appliqué dans l'arrêt *Moore's Taxi*. Tout en reconnaissant le caractère réparateur de la Loi, il note que cette loi représente une exception au régime général de la responsabilité civile. Il ajoute que « toutes les conditions exigées par la Loi doivent se rencontrer sans exception et de façon certaines pour que celle-ci s'applique » (par. 13). En ce qui a trait à la question de la causalité, il estime qu'une simple cause circonstancielle, occasionnelle ou lointaine de l'accident ne suffit pas, et qu'« [o]n ne doit pas étirer indûment ce lien de causalité en essayant de relier à l'usage d'une automobile des dommages qui, en réalité, résultent d'une toute autre cause » (par. 16). Enfin, le juge Bergeron affirme qu'« [i]l faut simplement conclure que tout fait nouveau, indépendant de l'usage de l'automobile, qui intervient comme cause du préjudice, interrompt le lien de causalité avec le véhicule et fait obstacle à l'application de la Loi sur l'assurance-automobile » (par. 35). Or, je note que l'action de la demanderesse dans cette affaire a ultimement été rejetée au fond (jugement du 30 janvier 1987). Je note également qu'à l'étape interlocutoire de la requête en irrecevabilité, le juge Bergeron s'est montré prudent en rejetant cette requête, d'autant plus que

that the SAAQ was not a party to the proceeding. In sum, it is my view that that case is no longer relevant and must be disregarded in light of *Pram* and *Rossy*, which were decided several years later.

[56] After *Pram*, but before *Rossy*, the causation test from *Moore's Taxi* was also applied in one other isolated case, *Morin v. Québec (Ville de)*, 2009 QCCS 3202. The plaintiff in that case argued that employees of the city of Québec had committed a fault or a negligent act that had broken the chain of causation between the automobile accident of which he had been a victim and the resulting bodily injury by failing to ensure that a “pneumatic lifting bag” was brought to the scene of the accident. In dismissing the city’s motion to dismiss, Godbout J. of the Superior Court relied, *inter alia*, on *Moore's Taxi*. In doing so, he recognized that the decision in that case [TRANSLATION] “was rendered in a context in which the court had to determine the scope of an automobile insurance contract, not of a government no-fault liability scheme”, but he nonetheless found that it was “clearly . . . of interest” (at para. 17 (CanLII)) and formulated the causation test as follows: “[T]he scheme created by the [Act] extends to consequences that are logical, direct or foreseeable or that arise from treatments that are generally administered in similar cases where the chain of causation has not been broken by the interposition of a new act of negligence . . .” (para. 20). Godbout J. concluded on this basis that, if the victim established that the alleged fault had “led to an aggravation of his injury or to separate damage that was not a logical or foreseeable consequence of the use of the vehicle, his action against the City could be admissible for that portion of the injury” (para. 21). No decision has been rendered since that time on the merits of the case, but with all due respect, I find that the description of the causal link that was formulated and applied in that case at the interlocutory stage of the motion to dismiss was inconsistent with the principles that were enunciated in *Pram* and were subsequently endorsed in *Rossy*.

la SAAQ n’était pas partie au débat. En somme, je suis d’avis que cette décision n’est plus pertinente et doit être écartée à la lumière des arrêts *Pram* et *Rossy* rendus quelques années plus tard.

[56] Après l’arrêt *Pram*, mais avant l’arrêt *Rossy*, le critère de causalité appliqué dans l’arrêt *Moore's Taxi* a aussi été retenu dans une autre décision isolée, *Morin c. Québec (Ville de)*, 2009 QCCS 3202. Le demandeur dans cette affaire soutenait que les préposés de la Ville de Québec avaient commis une faute ou un acte négligent qui avait rompu le lien de causalité entre l’accident d’automobile dont il avait été victime et le préjudice corporel qui s’en était suivi, en omettant de s’assurer qu’un « coussin pneumatique de levage » soit transporté sur les lieux de l’accident. En rejetant la requête en irrecevabilité de la Ville de Québec, le juge Godbout de la Cour supérieure s’appuie notamment sur l’arrêt *Moore's Taxi*. Ce faisant, il reconnaît que cet arrêt a « été rendu dans un contexte où le tribunal devait cerner le champ d’application d’un contrat d’assurance automobile, et non d’un régime étatique de responsabilité sans faute », mais il lui accorde tout de même « un intérêt certain » (par. 17 (CanLII)) et formule ainsi le critère de causalité : « [L]e régime instauré par la [Loi] s’étend aux conséquences logiques, directes, prévisibles ou découlant de traitements généralement administrés dans des cas analogues lorsque le lien de causalité n’a pas été rompu par la survenance d’un nouvel acte de négligence . . . » (par. 20). Le juge Godbout en arrive donc à la conclusion que si la victime établit que la faute alléguée « a entraîné une aggravation de son préjudice ou des dommages distincts qui ne constituent pas une conséquence logique ou prévisible de l’usage du véhicule, son action dirigée contre la Ville pourrait être recevable, en ce qui concerne cette portion de son préjudice » (par. 21). Aucune décision n’a depuis été rendue quant au fond dans ce dossier, mais soit dit en tout respect, j’estime que la description du lien de causalité formulée et appliquée dans cette affaire à l’étape interlocutoire de la requête en irrecevabilité n’est pas conforme aux principes énoncés dans *Pram* et par la suite confirmés dans *Rossy*.

[57] Another case that followed *Pram* but came before *Rossey* was *C.S. v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1996] AZ-51214610, in which the Superior Court considered an application for judicial review of a decision in which the Commission des affaires sociales (which subsequently became the ATQ) had found that injuries suffered by the victim did not constitute bodily injury caused by an automobile accident and was not therefore damage for which he would be eligible for compensation from the SAAQ. In the Commission's opinion, there had been a break in the chain of events, as the victim had been electrocuted by electrical wires next to an automobile that had been in an accident. Banford J. endorsed the Commission's conclusions, noting that an analysis of the causal link involved an assessment of the facts, and that such an assessment was within the Commission's discretion. He was of the view that the Commission's assessment of the facts could not be considered [TRANSLATION] "irrational, illogical or unreasonable" (p. 6). Banford J. explained that "the victim, on approaching the scene of the accident, committed a deliberate act, which, contrary to the situations in the examples mentioned above, constitutes a direct intervention that is capable of breaking the chain of causation" (p. 6). He concluded that the Commission's decision did not seem so unreasonable as to warrant his intervention.

[58] In my opinion, once again, that case is not determinative for the purpose of analyzing the causal link that applies in the context of the scheme created by the Act. In the context of a motion for judicial review, the Superior Court simply held, applying the standard of review that is appropriate in such a case, that the impugned decision was not unreasonable. In any event, with all due respect for the judge in question, it was in my opinion inappropriate in that case to consider fault on the part of the victim before finding that a no-fault compensation scheme did not apply.

[59] *Assurance-Automobile—68*, [1997] C.A.S. 212, was another case decided after *Pram* but before *Rossey* in which the Commission des affaires

[57] Toujours postérieurement au prononcé de l'arrêt *Pram*, mais avant celui de l'arrêt *Rossey*, dans l'affaire *C.S. c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1996] AZ-51214610, la Cour supérieure s'est penchée sur une demande de révision judiciaire d'une décision de la Commission des affaires sociales (depuis devenue le TAQ), qui concluait que les blessures subies par la victime ne constituaient pas un préjudice corporel causé par un accident d'automobile si bien qu'il ne s'agissait pas d'un préjudice indemnisable par la SAAQ. Selon la Commission, le déroulement des événements avait été interrompu, la victime ayant été électrocutée par des fils électriques à proximité d'une automobile accidentée. En confirmant les conclusions tirées par la Commission, le juge Banford souligne que l'analyse du lien causal est une question d'appréciation des faits qui relève du pouvoir discrétionnaire de la Commission. Il est d'avis que l'évaluation des faits par la Commission ne peut être qualifiée « d'irrationnelle, d'illogique ou de déraisonnable » (p. 6). Le juge Banford précise que « la victime en s'avancant sur la scène de l'accident a posé un geste délibéré ce qui, en reprenant a contrario les exemples précités, constitue une intervention directe susceptible de briser le lien de causalité » (p. 6). Il conclut que la décision de la Commission ne lui paraît pas déraisonnable au point de justifier son intervention.

[58] À mon avis, une fois de plus, cette décision n'est pas déterminante dans l'analyse du lien de causalité applicable dans le cadre du régime prévu par la Loi. La Cour supérieure, dans le contexte d'une révision judiciaire, a tout simplement jugé que conformément à la norme de contrôle applicable dans un tel cas, la décision contestée n'était pas déraisonnable. À tout événement, soit dit en tout respect pour le juge concerné, il était à mon avis inapproprié dans cette affaire de considérer le comportement fautif de la victime avant de conclure à l'inapplication d'un régime d'indemnisation sans égard à la faute de quiconque.

[59] Dans *Assurance-Automobile—68*, [1997] C.A.S. 212, une autre décision postérieure à *Pram* mais antérieure à *Rossey*, la Commission des affaires

sociales found a break in the chain of causation between an automobile accident and bodily injury suffered by the victim. It was a case in which the victim had not been injured when her vehicle skidded off the road, but had suffered frostbite when she then remained in the vehicle in bitterly cold weather, tried only once to restart the vehicle and refused help from a passerby. Relying on *C.S.*, the Commission concluded that it was the victim herself who had caused the injury and that there had been a break in the chain of events such that the injury was not a direct consequence of the accident. The Commission also expressed doubts regarding the victim's version of the facts.

[60] In my opinion, independently of the question of the victim's credibility, the Commission repeated the error that had been made in *C.S.* in considering the victim's conduct and finding that she was responsible for her own injury in order to conclude that a compensation scheme did not apply despite the fact that it was meant to be a no-fault scheme. In light of the Commission's findings of fact and reasoning, however, it would have been reasonable for the Commission to conclude that there had in fact been no accident within the meaning of the Act, given that no bodily injury had been caused by the automobile or by the use thereof.

[61] Finally, a few words must be said about the impact of *St-Jean v. Mercier*, S.C.C., No. 27515, January 15, 2001 (*Bulletin of Proceedings*, January 19, 2001, at pp. 94-95), an interlocutory decision of this Court (per Gonthier J.) on which the appellants rely. In that case, the victim of a serious automobile accident initially received compensation from the SAAQ, but the SAAQ stopped paying him the full amount in 1991 on the basis that there was no causal relationship between certain of his injuries and the automobile accident. The victim subsequently sued, for medical liability, the orthopaedic surgeon and the general practitioner in the emergency room who had treated his injuries. The Superior Court ([1998] J.Q. n° 234 (QL)) held that the automobile accident was indeed the cause of the victim's injuries, and the SAAQ then reversed its own decision. The victim nevertheless appealed the Superior Court's decision

sociales a également conclu à la rupture du lien de causalité entre un accident d'automobile et le préjudice corporel subi par la victime. Il s'agit d'un cas où la victime n'avait pas été blessée lorsque son automobile avait dérapé, mais avait subi par la suite des engelures en demeurant dans l'automobile par un froid intense, ne tentant qu'une seule fois de redémarrer l'automobile et refusant l'aide d'un passant. S'appuyant sur l'affaire *C.S.*, la Commission conclut que c'est la victime qui a causé le préjudice subi et qu'il y a eu rupture de la chaîne des événements, si bien que le préjudice n'est pas une conséquence directe de l'accident. La Commission a également exprimé des doutes quant à la version des faits de la victime.

[60] À mon avis, indépendamment de la question de la crédibilité de la victime, la Commission a répété la même erreur que celle commise dans l'affaire *C.S.* en considérant le comportement de la victime et en lui imputant la responsabilité de son préjudice pour conclure à l'inapplication d'un régime d'indemnisation qui se veut pourtant sans égard à la responsabilité de quiconque. En revanche, vu ses conclusions de faits et son raisonnement, la Commission aurait pu raisonnablement conclure qu'il n'y avait pas eu d'accident au sens de la Loi, puisqu'aucun préjudice corporel n'avait été causé par l'automobile ou son usage.

[61] Enfin, quelques mots s'imposent sur l'impact de l'arrêt *St-Jean c. Mercier*, C.S.C., n° 27515, 15 janvier 2001 (*Bulletin des procédures*, 19 janvier 2001, p. 94-95), une décision interlocutoire de notre Cour (le juge Gonthier) sur laquelle les appelants se sont appuyés. Dans cette affaire, la victime d'un grave accident d'automobile a d'abord reçu des indemnités de la SAAQ. Cette dernière a cependant cessé, en 1991, de lui verser une pleine indemnité, invoquant l'absence de lien de causalité entre certaines blessures et l'accident d'automobile. La victime a alors poursuivi en responsabilité médicale le chirurgien orthopédiste et l'omnipraticien aux urgences qui avaient traité ses blessures. La Cour supérieure ([1998] J.Q. n° 234 (QL)) a conclu que l'accident d'automobile était bel et bien la cause des blessures de la victime, et la SAAQ est revenue sur sa décision. La victime a tout de même porté en appel la décision

with a view to proceeding with his action in medical liability. The Court of Appeal ([1999] R.J.Q. 1658) confirmed the trial judge's conclusion on the causation issue. The victim then appealed to this Court, and the respondent applied to have the appeal dismissed, raising the issue of the application of the Act for the first time (2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491). The SAAQ applied for leave to intervene on the same basis.

[62] In a brief interlocutory decision, Gonthier J. dismissed both these applications, primarily on the basis that they were made late. When all is said and done, therefore, the victim's action was dealt with in all the courts as one in medical liability. The questions being raised in the instant cases — identification of the causal link in the context of the scheme of the Act, and the interpretation to be given to the Act, and more specifically to s. 83.57 — were quite simply not argued in this Court in *St-Jean* for either the interlocutory decision or the decision on the merits. The Court was instead asked to rule on certain aspects of the general law causal link, without reference to the issues relating to the Act. That case cannot therefore serve as a precedent in support of the appellants' arguments.

(b) *Cases From Other Canadian Provinces*

[63] In arguing that a break in the chain of causation between an automobile accident and bodily injury can in some situations result from a subsequent fault committed by a third party, the appellants also rely on some cases from other Canadian provinces.

[64] In *Rossey*, LeBel J. recognized that a comparative law approach could be of some assistance in interpreting the words of the Act. He cited in particular certain decisions of Manitoba courts that had been called upon to interpret provincial legislation that was similar to the Quebec legislation in that it created a no-fault automobile insurance scheme. As for Saskatchewan's scheme, under which an insured could choose between no-fault coverage and tort-based coverage, LeBel J. stated that, because of that difference, considering how the courts have interpreted

de la Cour supérieure afin de poursuivre son recours en responsabilité médicale. La Cour d'appel ([1999] R.J.Q. 1658) a confirmé la conclusion du juge de première instance sur le lien de causalité. La victime a ensuite fait appel devant notre Cour et l'intimé a alors demandé le rejet de l'appel en invoquant pour la première fois l'application de la Loi (2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491). La SAAQ a demandé à intervenir pour la même raison.

[62] Dans une courte décision interlocutoire, le juge Gonthier a rejeté ces deux demandes, principalement en raison de leur caractère tardif. Au final, l'action de la victime a donc été traitée par toutes les juridictions comme un litige en responsabilité médicale. Les questions que soulèvent les présents pourvois sur la détermination du lien de causalité dans le cadre du régime prévu par la Loi, tout comme l'interprétation à donner à cette Loi et tout particulièrement à son art. 83.57, n'ont tout simplement pas été débattues devant notre Cour dans l'affaire *St-Jean*, ni dans sa décision interlocutoire, ni dans sa décision sur le fond. La Cour a plutôt été appelée à se prononcer sur certains aspects du lien de causalité en droit commun, sans égard aux enjeux relatifs à la Loi. En conséquence, cette affaire ne saurait servir de précédent au soutien des prétentions des appelants.

b) *Décisions d'autres provinces canadiennes*

[63] Les appelants s'appuient également sur certaines décisions émanant d'autres provinces canadiennes, toujours pour affirmer qu'il peut dans certains cas y avoir rupture du lien de causalité entre un accident d'automobile et un préjudice corporel en raison de la faute subséquente d'un tiers.

[64] Dans *Rossey*, le juge LeBel reconnaît une certaine utilité à une approche basée sur le droit comparé pour interpréter les termes de la Loi. Il évoque particulièrement des décisions de tribunaux manitobains qui ont été appelés à interpréter une loi provinciale similaire à celle du Québec, c'est-à-dire qui crée un régime d'assurance automobile sans égard à la responsabilité. En ce qui concerne le régime en vigueur en Saskatchewan — qui permet à un assuré d'opter entre la couverture sans égard à la responsabilité et celle fondée sur la faute délictuelle —, le

that province's legislation would not prove as useful. He nonetheless noted that, because of the language and context of the Quebec statutory scheme, even the relevant cases from other Canadian provinces could not help in resolving the issue of interpretation of the Act in the case before him. This observation of LeBel J. is all the more pertinent where the cases from other provinces from before *Rossy* are concerned, given that the appellants' submissions in this Court are based, *inter alia*, on a 2002 decision of the Manitoba Court of Appeal, namely *Mitchell v. Rahman*, 2002 MBCA 19, 163 Man. R. (2d) 87.

[65] In *Mitchell*, the victim alleged that medical staff had been negligent in diagnosing and treating injuries he had suffered in an automobile accident. A motions judge held that the victim's action was barred on the basis that the *Manitoba Public Insurance Corporation Act*, C.C.S.M., c. P215, created a no-fault benefits scheme. The victim was successful in the Manitoba Court of Appeal, however.

[66] More specifically, Philp J.A. of the Manitoba Court of Appeal allowed the victim's appeal essentially on the basis of *Amos v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 S.C.R. 405. In *Amos*, a driver had been shot in an attempted hijacking of his vehicle by a group of individuals, and this Court had had to decide whether the injury caused by the shots was an "injury caused by an accident that arises out of the ownership, use or operation of a vehicle" within the meaning of a British Columbia regulation (s. 79 of the *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83, am. B.C. Reg. 335/84, Sch., s. 19, and B.C. Reg. 379/85, Sch., s. 31) that provided for the possible payment of no-fault benefits (para. 9). Major J. developed a two-part test for determining whether bodily injury arises out of the operation of an automobile: "1. Did the accident result from the ordinary and well-known activities to which automobiles are put? 2. [If so, i]s there some nexus or causal relationship (not necessarily a direct or proximate causal relationship)

juge LeBel affirme qu'en raison de cette différence, il n'est pas aussi utile de se pencher sur l'interprétation judiciaire de la législation de cette province. Malgré tout, le juge LeBel souligne qu'en raison des termes et du contexte propres au régime législatif québécois, même l'étude de décisions pertinentes émanant d'autres provinces canadiennes ne permet pas de résoudre la question d'interprétation de la Loi dont il est saisi dans *Rossy*. Ce constat du juge LeBel est d'autant plus probant en ce qui a trait aux décisions rendues dans d'autres provinces avant *Rossy*, du fait que les appelants fondent notamment leurs prétentions devant notre Cour sur une décision rendue en 2002 par la Cour d'appel du Manitoba dans *Mitchell c. Rahman*, 2002 MBCA 19, 163 Man. R. (2d) 87.

[65] Dans *Mitchell*, la victime reprochait au personnel médical d'avoir été négligent dans le diagnostic et le traitement de blessures causées par un accident d'automobile. En première instance, la victime a vu son recours être jugé irrecevable au motif que la *Loi sur la Société d'assurance publique du Manitoba*, C.P.L.M., c. P215, crée un régime d'indemnisation sans égard à la faute. Toutefois, la victime a eu gain de cause auprès de la Cour d'appel du Manitoba.

[66] Plus particulièrement, le juge Philp de la Cour d'appel du Manitoba a accueilli le pourvoi de la victime en se fondant pour l'essentiel sur l'arrêt *Amos c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1995] 3 R.C.S. 405. Dans *Amos*, un conducteur avait été atteint par des coups de feu au cours d'une tentative de détournement de son véhicule par un groupe d'individus. Notre Cour devait décider si les blessures causées par les coups de feu constituaient des [TRADUCTION] « blessures résultant d'un accident qui découle de la propriété, de l'utilisation ou de la conduite d'un véhicule » conformément à un règlement de la Colombie-Britannique (art. 79 du *Revised Regulation (1984) under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83, mod. B.C. Reg. 335/84, ann., art. 19, et B.C. Reg. 379/85, ann., art. 31) qui prévoyait la possibilité d'une indemnisation sans égard à la faute (par. 9). Le juge Major a élaboré un critère à deux volets afin de déterminer si un préjudice corporel découle de la conduite de l'automobile : « 1. L'accident résulte-t-il d'activités



between the [victim's] injuries and the ownership, use or operation of his vehicle, or is the connection between the injuries and the ownership, use or operation of the vehicle merely incidental or fortuitous?" (emphasis in original (para. 17)). After applying that test, Major J. found that the requirements of both parts had been satisfied and that "[n]either [could] it be said that there was an intervening act, independent of the ownership, use or operation of the vehicle, which broke the chain of causation" (para. 27). In short, the injuries at issue had resulted from an automobile accident.

[67] In *Mitchell*, Philp J.A., referring to Major J.'s remarks in *Amos*, stated that a subsequent act independent of the use of an automobile might break the nexus or causal link between the automobile accident and the injury even if it did not meet the conditions for the application of the intervening cause doctrine. He concluded on that basis that the negligent medical treatment that had caused additional injury to the victim of the automobile accident had broken the chain of causation and was therefore a distinct and separate cause of action that entitled the victim to bring an action against the physicians whose intervening act was at issue. Philp J.A. continued his analysis by applying the two-part test from *Amos* and found that the test had not been met. In Philp J.A.'s view, the automobile accident was at most a *sine qua non* circumstance, which was not enough to establish the necessary causal link.

[68] In my view, *Mitchell* is not a persuasive authority for interpreting the words of the Act. First, as I mentioned above, it was decided before this Court's decision in *Rossy*. Second, the statutory provisions being compared here are not identical: unlike s. 5 of the Act, s. 73 of the *Manitoba Public Insurance Corporation Act* provided that compensation was payable "regardless of who is responsible for the accident". This wording of the Manitoba legislation seems to have limited its scope. Finally,

ordinaires et bien connues auxquelles les automobiles servent? 2. [Dans l'affirmative,] [e]xiste-t-il un lien de causalité (pas nécessairement direct ou immédiat) entre les blessures de [la victime] et la propriété, l'utilisation ou la conduite de son véhicule, ou le lien entre les blessures et la propriété, l'utilisation ou la conduite du véhicule est-il simplement accidentel ou fortuit? » (souligné dans l'original (par. 17)). Après avoir appliqué ce critère, le juge Major a conclu qu'il avait été satisfait aux deux volets et qu'« [o]n ne p[ouvait] pas dire non plus qu'il y a[va]it eu un acte intermédiaire, indépendant de la propriété de l'utilisation ou de la conduite du véhicule, qui aurait rompu le lien de causalité » (par. 27). En somme, les blessures en cause résultaient d'un accident d'automobile.

[67] Se référant aux commentaires du juge Major dans *Amos*, le juge Philp affirme dans *Mitchell* qu'un acte subséquent et indépendant de l'usage d'une automobile peut rompre le lien de causalité entre l'accident d'automobile et le préjudice, sans même satisfaire aux conditions d'application de la théorie du *novus actus interveniens*. Sur cette base, il en conclut que le traitement médical négligent ayant causé un préjudice additionnel à la victime de l'accident d'automobile est venu rompre le lien de causalité, et qu'il s'agit donc d'une cause d'action distincte et séparée donnant ouverture à l'exercice d'un recours contre les intervenants médicaux dans cette affaire. Le juge Philp poursuit son analyse en appliquant le critère à deux volets établi dans l'arrêt *Amos* et conclut que ce critère n'est pas satisfait. De l'avis du juge Philp, l'accident d'automobile a représenté tout au plus une circonstance *sine qua non*, ce qui n'est pas suffisant pour établir le lien de causalité requis.

[68] L'affaire *Mitchell* n'est pas, selon moi, un précédent convaincant aux fins de l'interprétation des termes de la Loi. Premièrement, comme je l'ai mentionné précédemment, cette affaire a été décidée avant que notre Cour ne se prononce dans *Rossy*. Deuxièmement, le libellé des dispositions législatives comparées n'est pas identique puisque, à la différence de l'art. 5 de la Loi, l'art. 73 de la *Loi sur la société d'assurance publique du Manitoba* précise que les indemnités payables le sont « sans

in *Mitchell*, the Manitoba Court of Appeal applied the causation test that had been formulated in *Amos*. But LeBel J. specifically distinguished *Amos* in *Rossy*, noting that it had not concerned the same kind of broad remedial legislation as that in force in Quebec, that the two legislative schemes were different and that *Amos* did not resolve the issue of interpretation of the provisions of the Act.

[69] In sum, the context of the enactment of the Act is specific to Quebec, and the Act is legislation that must be given a generous interpretation in order to further its purpose of compensating automobile accident victims regardless of who is at fault. In these appeals, a comparison with the Manitoba scheme and how the courts have interpreted it — even if that scheme appears to be similar to the Quebec scheme — is not really of any assistance.

#### (5) Conclusion

[70] In light of the above analysis, I find that the Court of Appeal did not err in interpreting the language of the Act — including that with respect to the necessary causal link — and applying it to the facts of these appeals. In the two cases, the bodily injury that — according to the facts, which must be assumed to be true at this stage — resulted from the fault or negligence of third parties was suffered in the automobile accidents of which Ms. Godbout and Mr. Gargantiel were the victims. It originated in a series of events that have a plausible, logical and sufficiently close link to one another and have, in each case, the automobile accident as their starting point.

[71] In the first appeal, the appellant Ms. Godbout was treated by the respondents for injuries she had suffered in the automobile accident. The care provided to the appellant by the respondents is alleged to have been inadequate and to have caused an injury that had aggravated her condition. The link between the injury caused or aggravated by the medical

égard à la responsabilité de quiconque eu égard à l'accident ». Ce libellé de la loi manitobaine paraît restreindre son champ d'application. Enfin, dans *Mitchell*, la Cour d'appel du Manitoba a appliqué le critère de causalité formulé dans l'arrêt *Amos*. Or, le juge LeBel a expressément distingué l'arrêt *Amos* dans *Rossy*, précisant que cet arrêt ne traitait pas du même type de loi réparatrice de large portée applicable au Québec, qu'il s'agissait de régimes législatifs différents, et que cet arrêt ne résout pas la question de l'interprétation des dispositions de la Loi.

[69] En résumé, le contexte de l'adoption de la Loi est particulier au Québec et il s'agit d'une loi qui doit bénéficier d'une interprétation généreuse afin de favoriser la réalisation de son objet, à savoir l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile sans égard à la responsabilité de quiconque. En l'espèce, la comparaison avec le régime manitobain et l'interprétation qu'en ont faite les tribunaux — même si ce régime est en apparence similaire au régime québécois — n'est d'aucun réel soutien.

#### (5) Conclusion

[70] À la lumière de l'analyse qui précède, j'estime que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en interprétant les termes de la Loi — y compris quant au lien de causalité requis — et en les appliquant aux faits des pourvois en cause. Le préjudice corporel dans les deux cas qui — selon les faits que nous devons à ce stade-ci tenir pour avérés — résulte des actes fautifs ou négligents de tiers, a été causé dans les accidents d'automobile dont M<sup>me</sup> Godbout et M. Gargantiel ont été victimes. Leur préjudice procède d'une série d'événements liés de façon plausible, logique et suffisamment étroite, et dont le point de départ dans les deux cas est l'accident d'automobile.

[71] Dans le premier pourvoi, l'appelante M<sup>me</sup> Godbout a été soignée par les intimés pour les blessures qui lui ont été causées dans l'accident d'automobile. Les soins prodigués à l'appelante par les intimés n'auraient pas été adéquats et lui auraient causé un préjudice qui aurait aggravé son état. Le lien entre le préjudice causé ou aggravé par le traitement

treatment and the automobile accident is plausible, logical and sufficiently close for Ms. Godbout to receive compensation from the SAAQ for the whole of her injury. The causal link under the Act is thus established regardless of the fact that the accident and the medical fault alleged against the respondents did not occur at the same time or in the same place.

[72] In the second appeal, the appellant, Mr. Gargantiel, lay unconscious in a ditch after an automobile accident, and it is alleged that the attempts by the SQ officers to find him were inadequate and that this caused an injury to him that aggravated his condition. The link between the injury caused or aggravated by the officers' negligence and the automobile accident is plausible, logical and sufficiently close for Mr. Gargantiel to receive compensation from the SAAQ for the whole of his bodily injury. In other words, the causal link under the Act is established.

[73] I therefore find that the bodily injuries of Ms. Godbout and Mr. Gargantiel were "suffered . . . in an [automobile] accident" within the meaning of the Act. The effect of this finding is that the appellants' actions against the respondents are barred, as the Court of Appeal rightly held.

*B. Does the Acceptance of Compensation Payments From the SAAQ Lead to a Presumption of Waiver of Any Civil Action in These Cases?*

[74] I am also of the opinion that it is unnecessary to elaborate on the subject of a presumption of waiver of a right of action and on its application in these cases, given that there is no right to bring an action. When an accident victim is found to be eligible for the benefits provided for in the Act as compensation for bodily injury caused by an automobile, the bringing of any civil action is prohibited. This is what s. 83.57 para. 1 of the Act expressly provides: "Compensation under this title stands in lieu of all rights and remedies by reason of bodily injury and no action in that respect shall be admitted before any court of justice." Furthermore,

médical et l'accident d'automobile est plausible, logique et suffisamment étroit pour que l'ensemble du préjudice subi par M<sup>me</sup> Godbout soit indemnisé par la SAAQ. Le lien de causalité au sens de la Loi est donc établi, malgré l'absence de concomitance, dans le temps et dans l'espace, entre l'accident et la faute médicale reprochée aux intimés.

[72] Dans le second pourvoi, l'appelant M. Gargantiel s'est retrouvé inconscient dans un fossé à la suite d'un accident d'automobile, et les efforts de recherche des agents de la SQ n'auraient pas été adéquats, lui causant un préjudice qui aurait aggravé son état. Le lien entre le préjudice causé ou aggravé par la négligence des agents de la SQ et l'accident d'automobile est plausible, logique et suffisamment étroit pour que l'ensemble du préjudice corporel subi par M. Gargantiel soit indemnisé par la SAAQ. En d'autres termes, le lien de causalité au sens de la Loi est établi.

[73] Je conclus donc que le préjudice corporel qu'ont respectivement subi M<sup>me</sup> Godbout et M. Gargantiel a été « causé dans un accident » d'automobile au sens de la Loi. Cette conclusion constitue une fin de non-recevoir au recours des appelants contre les intimés, comme l'a elle-même conclu, à bon droit, la Cour d'appel.

*B. Existe-t-il une présomption de renonciation à tout recours civil en l'espèce du fait de l'encaissement des indemnités versées par la SAAQ?*

[74] Je suis également d'avis qu'il est inutile de s'étendre sur le concept de présomption de renonciation à un droit d'action et sur son application en l'espèce, puisque le droit d'intenter un recours est inexistant. En effet, lorsqu'une victime d'un accident est jugée admissible aux prestations prévues par la Loi pour l'indemniser de son préjudice corporel causé par une automobile, l'exercice de tout recours civil est prohibé. C'est ce qu'énonce expressément l'art. 83.57 al. 1 de la Loi : « Les indemnités prévues au présent titre tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d'un préjudice corporel et nulle action à ce sujet n'est reçue

an overlapping of remedies, including one for compensation in excess of that paid under the Act, is not permitted except in specific cases provided for in the Act, such as one in which an accident occurred outside Quebec (s. 83.59 of the Act).

[75] Although it is not essential to fully canvass the possibility of a presumption of waiver, a few comments are nonetheless in order in view of what the Court of Appeal said on this subject. In both its decisions, the Court of Appeal in fact referred to the possibility of presuming that Ms. Godbout and Mr. Gargantiel had waived any action:

[TRANSLATION] Despite the care that must always be taken before concluding that a right of action has been waived, it must nevertheless be mentioned that claiming, receiving and accepting compensation payments from the SAAQ entails at the very least a presumption that the person making the claim and the SAAQ are of the opinion that what is claimed and the compensation that is received are for bodily injury suffered in an accident, which rules out any right to claim anything from anyone else.

(*Godbout*, C.A. reasons, at para. 85; see also para. 86 and *Gargantiel*, C.A. reasons, at paras. 49-50.)

[76] With all due respect for the Court of Appeal, there should not be any question in these cases of a presumption of waiver of the right to bring an action against a third party. It is wrong in law to presume that such a waiver has occurred. In the civil law, waiver (or renunciation) is either express or tacit. There is no presumption of waiver as such. Moreover, whether there has been a waiver is very much a fact-based question that depends, *inter alia*, on the intention of the waiving party. Evidence of that intention must be presented and analyzed before a waiver can be found to have occurred. No such intention has been proven in these cases, as they have not yet gone to trial, which means that it has not been possible to assess any evidence of the intention of Ms. Godbout or that of Mr. Gargantiel.

[77] In the end, being eligible under the Act for compensation for bodily injury “suffered . . . in an

devant un tribunal. » De surcroît, le cumul de recours, y compris pour l’excédent, n’est pas permis, sauf dans des cas précis prévus par la Loi, à titre d’exemple en cas d’accident hors Québec (art. 83.59 de la Loi).

[75] Bien qu’il ne soit pas essentiel de traiter en profondeur d’une possible présomption de renonciation, certains commentaires méritent tout de même d’être formulés en raison de la teneur des motifs de la Cour d’appel sur cette question. En effet, la Cour d’appel mentionne dans ses deux arrêts qu’il serait possible de présumer la renonciation à tout recours par M<sup>me</sup> Godbout et M. Gargantiel :

Malgré la prudence dont il faut toujours faire preuve avant de conclure à une renonciation, force est de constater toutefois que réclamer, recevoir et encaisser une indemnité de la SAAQ comporte à tout le moins une présomption voulant que celui ou que celle qui réclame, de même que la SAAQ, sont d’avis que ce qui est réclamé et indemnisé compense un préjudice corporel causé dans un accident ce qui écarte tout droit de réclamer d’autrui.

(*Godbout*, motifs de la C.A., par. 85; voir aussi par. 86 et *Gargantiel*, motifs de la C.A., par. 49-50.)

[76] Avec égards pour l’opinion ainsi exprimée par la Cour d’appel, il ne saurait être question en l’espèce de présomption de renonciation au droit d’exercer un recours contre un tiers. En effet, il est erroné en droit de présumer l’existence d’une telle renonciation. En droit civil une renonciation est soit expresse soit tacite. Il n’existe pas en soi de présomption de renonciation. De plus, une renonciation est une question hautement factuelle, qui dépend notamment de l’intention de la partie qui renonce. La preuve de cette intention doit être présentée et analysée avant qu’il soit permis de conclure à la renonciation. Ici, cette intention n’a pas été établie, puisqu’aucune audience sur le fond n’a eu lieu, et qu’en conséquence aucune preuve de l’intention de M<sup>me</sup> Godbout ou de M. Gargantiel n’a pu être appréciée.

[77] Au final, l’admissibilité aux indemnités prévues par la Loi pour le préjudice corporel « causé

accident” extinguished any right of action against the respondents. That is what the legislature intended.

dans un accident » éteint tout droit d’action contre les intimés. Telle est l’intention du législateur.

## VI. Conclusion

[78] For these reasons, the appeals are dismissed with costs.

## VI. Conclusion

[78] Pour ces motifs, les pourvois sont rejetés avec dépens.

English version of the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

CÔTÉ J. (dissenting) —

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

### I. Introduction

[79] These appeals require the Court to interpret the scope of s. 83.57 of the *Automobile Insurance Act*, CQLR, c. A-25 (“Act”), the relevant portion of which reads as follows:

### I. Introduction

[79] Les présents pourvois requièrent que l’on interprète la portée de l’art. 83.57 de la *Loi sur l’assurance automobile*, RLRQ, c. A-25 (« Loi »), dont la partie pertinente est rédigée ainsi :

Compensation under this title [compensation for bodily injury] stands in lieu of all rights and remedies by reason of bodily injury and no action in that respect shall be admitted before any court of justice.

Les indemnités prévues au présent titre [indemnisation du préjudice corporel] tiennent lieu de tous les droits et recours en raison d’un préjudice corporel et nulle action à ce sujet n’est reçue devant un tribunal.

[80] The legal framework within which we are asked to determine the scope of this statutory provision is the following.

[80] Le cadre juridique dans lequel nous sommes appelés à déterminer la portée de cette disposition législative est le suivant.

#### A. *Godbout*

#### A. *L’affaire Godbout*

[81] In this first case, the parties agreed, shortly before the trial began, to submit the following question to the trial judge, as provided for in art. 452 of the former *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25:

[81] Dans cette première affaire, peu de temps avant le début du procès, les parties ont convenu de soumettre la question suivante à la juge de première instance, ce qui est permis par l’art. 452 de l’ancien *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 :

[TRANSLATION] If the Court were to conclude that the defendants committed a medical fault while the plaintiff was hospitalized subsequently to the automobile accident and that that medical fault caused separate injuries, would section 83.57 of Quebec’s *Automobile Insurance Act* bar the plaintiffs’ action in damages?

Dans l’éventualité où la Cour en venait à la conclusion que les défendeurs ont commis une faute médicale lors de l’hospitalisation de la demanderesse subséquente à l’accident automobile et que cette faute médicale a causé des dommages distincts, l’article 83.57 de la *Loi sur l’assurance automobile* du Québec fait-il échec au recours en dommages-intérêts des demandeurs?

(2013 QCCS 4866, at para. 8 (CanLII))

(2013 QCCS 4866, par. 8 (CanLII))

## B. *Gargantiel*

[82] This second case involved a motion to dismiss under art. 165(4) of the former *Code of Civil Procedure*, which provided, and continues to provide, that “[t]he defendant may ask for the dismissal of the action if . . . [t]he suit is unfounded in law, even if the facts alleged are true.” In the context of such a motion, “[t]he primary function of [which] is to avoid a trial where an action has no basis in law, even if the facts in support of it are admitted” (*Canada (Attorney General) v. Confédération des syndicats nationaux*, 2014 SCC 49, [2014] 2 S.C.R. 477, at para. 15), it is well established that “the facts alleged [by the plaintiff] must be deemed to be true” (*Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136 (“*Rossey*”), at para. 15). Moreover, this Court observed in *Confédération des syndicats nationaux* that the dismissal of an action at the preliminary stage entails risks (paras. 17-18):

Dismissing an action at a preliminary stage can have very serious consequences, however. The courts must therefore be cautious in exercising this power. As a result, an action will not be dismissed at this point in the proceedings unless it is plain and obvious that it lacks a basis in law . . .

In this regard, the Quebec Court of Appeal noted that, [TRANSLATION] “given the serious consequences of dismissing an action without considering it on its merits, litigation should not be ended at an early stage on a motion to dismiss absent a situation that is plain and obvious” . . . [Emphasis in original deleted.]

[83] Mr. Gargantiel is suing the defendant, the Attorney General of Quebec, on the basis of negligent and, in his view, wrongful conduct by certain officers of the Sûreté du Québec that allegedly occurred after the automobile accident of which he was the victim and that allegedly resulted in a separate injury, including the amputation of part of his right leg.

## B. *L’affaire Gargantiel*

[82] Dans cette seconde affaire, il s’agissait d’une requête en irrecevabilité présentée en vertu de l’art. 165(4) de l’ancien *Code de procédure civile*, lequel disposait et dispose toujours que « [l]e défendeur peut opposer l’irrecevabilité de la demande et conclure à son rejet [. . .] [s]i la demande n’est pas fondée en droit, supposé même que les faits allégués soient vrais. » Dans le cadre d’une telle requête, dont la « fonction première [est] d’éviter la tenue d’un procès lorsque le recours est dépourvu de fondement juridique, et ce, même si les faits à son soutien sont admis » (*Canada (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux*, 2014 CSC 49, [2014] 2 R.C.S. 477, par. 15), il est bien établi que « la cour doit tenir pour avérés les faits allégués » par le demandeur (*Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136 (« *Rossey* »), par. 15). Notre Cour a par ailleurs rappelé dans l’arrêt *Confédération des syndicats nationaux* que le rejet d’une action au stade préliminaire présente des risques (par. 17-18) :

Le rejet d’une action au stade préliminaire peut toutefois entraîner de très sérieuses conséquences. Les tribunaux doivent pour cette raison faire preuve de circonspection dans l’exercice de ce pouvoir. Dans ce contexte, seule une absence claire et manifeste de fondement juridique mènera au rejet d’une action à cette étape des procédures . . .

À ce propos, la Cour d’appel du Québec soulignait qu’« il faut éviter de mettre fin prématurément à un procès au stade d’une requête en irrecevabilité, à moins d’une situation claire et évidente, considérant les graves conséquences qui découlent du rejet d’une action sans que la demande ne soit examinée au mérite » . . . [Soulignement dans l’original omis.]

[83] M. Gargantiel poursuit le défendeur, le procureur général du Québec, soutenant que certains agents de la Sûreté du Québec auraient eu un comportement négligent, selon lui fautif, qui se serait manifesté après l’accident d’automobile dont il a été victime et qui, toujours selon lui, aurait résulté en un dommage distinct, notamment l’amputation d’une partie de sa jambe droite.

[84] The two appeals thus raise the question whether s. 83.57 of the Act has the effect of barring any civil action against a third party in respect of a fault that was committed subsequently to an automobile accident and that caused a separate injury.

*C. Limits of the Question Raised in These Appeals*

[85] It is important to focus on and stay within the confines of the question that we must answer, a question that was formulated precisely and clearly in *Godbout*, as the Quebec Court of Appeal's decision in that case seems to show some confusion in this regard. In my view, the Court of Appeal changed the factual premises that were supposed to serve as a basis for its decision on the appeal — that the respondents had committed a fault subsequent to the automobile accident that had caused a separate injury, namely the bilateral amputation of Ms. Godbout's legs at the knees and a permanent neurological impairment of her right hand — and in so doing altered the “judicial contract” between the parties. The jurisdiction of the Court of Appeal, and of this Court, is delimited by the question as formulated. The Court of Appeal should have confined itself to that question. The parties in *Godbout* had agreed that the following facts would be deemed to be true for the purposes of the appeal: a medical/hospital fault had been committed subsequently to the automobile accident, and that fault had caused a separate injury. Although it was in no way asked to do so, the Court of Appeal nevertheless undertook its own analysis of the facts and concluded that [TRANSLATION] “[t]he ‘separate injury’ that the respondent Godbout alleges she suffered as a result of the appellants’ professional fault . . . is clearly related to her physical condition as a result of the accident” and that, “[i]n this context, one cannot really speak of a separate injury”, but of “aggravated injuries” (2015 QCCA 225, at para. 64 (CanLII)). Thus, the Court of Appeal seems to have answered a question other than the one it was asked to answer.

[84] Par conséquent, les deux pourvois soulèvent la question de savoir si l'art. 83.57 de la Loi a pour effet de rendre irrecevable un recours civil contre un tiers à l'égard d'une faute commise subséquemment à un accident d'automobile et ayant causé un dommage distinct.

*C. Limites de la question soulevée en l'espèce*

[85] Il importe de souligner et de respecter les limites de la question à laquelle nous devons répondre, question qui a été formulée de façon précise et claire dans l'affaire *Godbout*, puisque la décision de la Cour d'appel du Québec dans cette affaire semble révéler une certaine confusion à cet égard. En effet, je suis d'avis que la Cour d'appel a modifié les prémisses factuelles sur la base desquelles elle devait instruire l'appel — modifiant ainsi le « contrat judiciaire » intervenu entre les parties —, c'est-à-dire le fait que les intimés ont commis une faute subséquente à l'accident d'automobile ayant causé un préjudice distinct, soit l'amputation bilatérale des jambes au niveau des genoux de M<sup>me</sup> Godbout et une atteinte neurologique permanente à sa main droite. Tant la compétence de la Cour d'appel que celle de notre Cour sont délimitées par la question telle qu'elle est formulée. La Cour d'appel devait s'en tenir à cette question. Les parties dans l'affaire *Godbout* avaient convenu que les faits suivants devaient être tenus pour avérés pour les besoins de l'appel : une faute médico-hospitalière commise subséquemment à l'accident d'automobile et ayant causé un préjudice distinct. Alors qu'elle n'était aucunement appelée à le faire, la Cour d'appel a néanmoins entrepris sa propre analyse des faits et a conclu que « [l]e prétendu “dommage distinct” que l'intimée Godbout allègue avoir subi, en raison soutient-elle de la faute professionnelle des appelants [. . .] se rattache manifestement à l'état de sa condition physique en raison de l'accident » et que « [d]ans ce contexte, on ne peut parler véritablement de dommage distinct », mais plutôt de « dommages aggravés » (2015 QCCA 225, par. 64 (CanLII)). En conséquence, la Cour d'appel semble avoir plutôt répondu à une question différente de celle qui lui était soumise.

[86] Absent evidence in this regard, it was not open to the Court of Appeal — nor is it open to this Court — to determine whether the alleged injuries in these cases were aggravated, as opposed to separate, injuries. An aggravated injury is very different from a separate injury caused by a fault subsequent to a first event. The fact that these cases concern separate injuries is admitted, as is — for the purposes of these appeals — the fact that the alleged faults were subsequent to the accidents. And I deem those subsequent faults and the separateness of the resulting injuries to be true for the purposes of these reasons.

[87] I cannot therefore agree with the Court of Appeal’s conclusion or with that of my colleague Wagner J., who adopts a similar reasoning (paras. 20 and 49). The question before this Court could not be any clearer: it concerns separate injuries caused by faults subsequent to the automobile accidents. I will therefore limit my discussion to this question, which represents the judicial contract between the parties.

[88] My colleague does not consider himself bound by this question, noting that although “the facts alleged in the motion must be assumed to be true . . . the court is not bound by the legal characterization of those facts” (para. 20, quoting *Confédération des syndicats nationaux*, at para. 20 (emphasis deleted; citations omitted)). I disagree with my colleague on this point, as whether a fault is subsequent and whether an injury is separate are in my opinion questions of fact, not legal characterizations. I would add that these facts were admitted by the parties for the purposes of the proceedings in *Godbout*.

[89] In *Gray v. Cotic*, [1983] 2 S.C.R. 2, the parties had also agreed on a single question to be answered in that case, namely whether there was a causal link between an automobile accident and the subsequent suicide of one of the victims of the accident. On appeal, the appellant had raised a new issue with respect to the interplay of the principle of foreseeability of damage and the “thin skull” doctrine. This

[86] En l’absence de preuve à cet effet, la Cour d’appel ne pouvait — pas plus d’ailleurs que ne le peut notre Cour — décider si les préjudices allégués en l’espèce constituent des préjudices aggravés plutôt que des préjudices distincts. Un préjudice aggravé et un préjudice distinct causé par une faute subséquente au premier événement constituent des notions bien différentes. Le fait qu’il s’agit en l’espèce de préjudices distincts est admis, de même qu’est admis — pour les besoins des présents pourvois — le fait que les fautes reprochées sont subséquentes aux accidents. Et, dans mes motifs, je tiens pour avérés ces fautes subséquentes ainsi que le caractère distinct des dommages en résultant.

[87] Par conséquent, je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d’appel, ni à celle de mon collègue le juge Wagner, qui applique un raisonnement semblable (par. 20 et 49). La question dont notre Cour est saisie ne pourrait être plus limpide : elle porte sur des dommages distincts causés par une faute subséquente à l’accident d’automobile. C’est donc à cette question et à cette seule question — qui représente le contrat judiciaire intervenu entre les parties — que je vais m’attacher.

[88] Mon collègue ne s’estime pas lié par cette question, notant que bien que « les faits allégués dans la requête doivent être tenus pour avérés [. . .], leur qualification juridique ne lie pas pour autant le tribunal » (par. 20, citant *Confédération des syndicats nationaux*, par. 20 (italiques omises; références omises)). Contrairement à mon collègue, je suis d’avis que le caractère subséquent d’une faute et le caractère distinct d’un préjudice sont des conclusions de fait, et non pas des qualifications juridiques, et de plus, je rappelle que ces conclusions ont été admises par les parties, pour les besoins de l’instance dans l’affaire *Godbout*.

[89] Dans l’affaire *Gray c. Cotic*, [1983] 2 R.C.S. 2, les parties s’étaient également entendues sur la seule question à trancher, en l’occurrence une question sur le lien de causalité entre un accident d’automobile et le suicide subséquent d’une des victimes de cet accident. En appel, l’appelant avait soulevé une nouvelle question concernant l’interaction entre le principe de la prévisibilité du dommage et la doctrine



Court, per McIntyre J., held that even though that issue involved an interesting question of law, “it would be improper . . . to open a new issue at this time” (p. 5). He gave, *inter alia*, the following reasons:

. . . the parties had agreed before trial that the only question to be decided by the jury was the issue of causation and that all other issues, including that of foreseeability of damage, were subsumed in that question and had been decided in the respondent’s favour in the formation and acceptance of the question.

. . . The record shows that counsel for both parties directed their examination of witnesses and their presentation of evidence at trial to the issue of causation, referring repeatedly to the actual wording of the agreed question to be put to the jury. The trial judge also was concerned with the issue of causation in his charge to the jury and stressed the importance of the narrowly limited question to be answered by them. . . .

The question of foreseeability of suicide in these circumstances, in my opinion, was answered in favour of the respondent by the very form of the question put to the jury. The limited range of the question makes it clear that the question of foreseeability of suicide was agreed upon by the parties before the trial commenced and the only matter left open was that of causation. The parties contested the trial on this basis and it would be improper, in my view, to open a new issue at this time. [p. 5]

In my opinion, the Court of Appeal in the cases at bar should have shown the same deference to the agreement between the parties and their procedural choices. In particular, in *Godbout*, it should have answered the question as formulated. That is what Roy J. did at trial, while acknowledging that [TRANSLATION] “[t]he difficulty the Plaintiffs will clearly encounter is that of showing that there was a separate fault and that the fault in question caused an injury separate from the one caused by the accident. Whether that is the case cannot be decided without hearing the evidence” (para. 43).

[90] In light of the large and liberal interpretation required by the Act, the courts must determine, *for*

de la vulnérabilité de la victime. Notre Cour, sous la plume du juge McIntyre, a statué que même si cette question soulevait un point de droit intéressant, « il serait inopportun d’entamer maintenant un débat sur une nouvelle question » (p. 5). Il a invoqué notamment les raisons suivantes :

. . . les parties avaient convenu avant le procès que la seule question posée au jury serait celle du lien de causalité et que tous les autres points en litige, y compris la prévisibilité des dommages, étaient inclus dans cette question et avaient été décidés en faveur de l’intimée lors que la question a été formulée et acceptée.

. . . Le dossier indique qu’au procès, les avocats des deux parties ont centré l’interrogatoire des témoins et la présentation de la preuve sur la question du lien de causalité, en reprenant fréquemment les termes mêmes de la question qu’ils avaient convenu de soumettre au jury. Dans son exposé au jury, le juge s’est également penché sur la question du lien de causalité et a insisté sur l’importance de la question très restreinte à laquelle il devait répondre. . .

À mon avis, la question de la prévisibilité du suicide dans les circonstances a été tranchée en faveur de l’intimée par la formulation même de la question soumise au jury. La portée restreinte de la question indique clairement que les parties s’étaient entendues sur la question de la prévisibilité du suicide avant le début du procès, et la seule question en litige était celle du lien de causalité. C’est dans ce contexte que les parties ont plaidé leur cause au procès et, à mon avis, il serait inopportun d’entamer maintenant un débat sur une nouvelle question. [p. 5]

À mon avis, la Cour d’appel en l’espèce aurait dû faire preuve d’autant de retenue envers l’entente intervenue entre les parties et leurs choix procéduraux. Plus particulièrement, dans l’affaire *Godbout*, elle aurait dû répondre à la question telle qu’elle était formulée. C’est ce qu’a fait la juge Roy en première instance tout en reconnaissant ce qui suit : « La difficulté certaine à laquelle les Demandeurs feront face sera de démontrer l’existence d’une faute distincte et que cette faute a causé un préjudice distinct de celui causé par l’accident. Ce débat ne peut être tranché sans audition de la preuve » (para. 43).

[90] Compte tenu de l’interprétation large et libérale que commande la Loi, les tribunaux ont le

*each separate injury*, whether it is covered by the Act, and if it is, s. 83.57 bars an action for compensation in respect of that specific injury. In other words, each time there is a separate injury, the court cannot conclude that an action is barred without first determining whether the injury in question was “suffered . . . in an accident”.

[91] There is no dispute in these appeals regarding the principles that apply to the interpretation of the no-fault liability scheme created by the Act. First enunciated by the Quebec Court of Appeal in *Productions Pram inc. v. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738 (“*Pram*”), the principles in question were subsequently endorsed by this Court in *Rossy*. My colleague explains them well, and I cast no doubt on them myself.

[92] However, I believe it will be helpful to clarify at the outset the difference between the issue that was before the Court in *Rossy* and the issue before it in these appeals. In *Rossy*, it was clear that the driver’s death had been caused by a tree falling on the automobile. The issue was therefore whether the tree falling on the automobile while Mr. Rossy was behind the wheel constituted an accident within the meaning of the Act. There was no issue of fault or negligence subsequent to the tree falling on the automobile. In these appeals, and in particular according to the judicial contract entered into in *Godbout*, it is admitted for the purposes of both cases that the separate injuries suffered by Ms. Godbout and Mr. Gargantiel were caused by faults subsequent to the accidents. It is not in dispute in either case that there was an accident that caused injuries. We are asked to determine whether the separate injuries that resulted from the faults subsequent to the accidents constitute bodily injury “suffered . . . in an accident” within the meaning of the Act.

[93] In my view, the wording and purpose of the Act (A), the context in which it was enacted and the legislative intent (B), and certain other interpretive considerations (C) support the conclusion that it is necessary in each case to determine whether the Act applies to the separate injury at issue and

devoir de déterminer, *pour chaque préjudice distinct*, si ce préjudice est couvert par la Loi, auquel cas l’art. 83.57 rend irrecevable un recours visant l’indemnisation de ce préjudice distinct. Autrement dit, chaque fois qu’il y a un préjudice distinct, le tribunal ne peut conclure à l’irrecevabilité d’un recours sans avoir d’abord déterminé si ce préjudice a été « causé dans un accident ».

[91] Nul ne conteste dans les présents pourvois les principes applicables à l’interprétation du régime de responsabilité sans égard à la faute créé par la Loi. D’abord énoncés par la Cour d’appel du Québec dans l’affaire *Productions Pram inc. c. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738 (« *Pram* »), ces principes ont par la suite été confirmés par notre Cour dans *Rossy*. Ils sont correctement exposés par mon collègue et ne sont aucunement remis en cause dans les présents motifs.

[92] Toutefois, je crois utile de préciser dès le départ la différence entre la question qui était en jeu dans *Rossy* et celle qui nous occupe ici. Dans *Rossy*, il était clair que c’est la chute d’un arbre sur l’automobile qui avait été la cause du décès du conducteur. Il s’agissait donc de décider si la chute de l’arbre sur l’automobile, alors que M. Rossy était au volant de celle-ci, constituait un accident au sens de la Loi. Il n’était nullement question dans cette affaire d’une faute ou négligence subséquente à la chute de l’arbre. En l’espèce, notamment selon le contrat judiciaire conclu dans l’affaire *Godbout*, il est admis pour les besoins de chaque instance que le dommage distinct subi respectivement par M<sup>me</sup> Godbout et M. Gargantiel a été causé par une faute subséquente à l’accident. Dans les deux cas, il n’est pas contesté qu’il est survenu un accident ayant causé des blessures. Nous sommes appelés à déterminer si le dommage distinct qui a résulté de la faute subséquente à l’accident constitue un préjudice corporel « causé dans un accident » au sens de la Loi.

[93] À mon avis, le libellé de la Loi et son objet (A), le contexte de son adoption et l’intention du législateur (B), ainsi que quelques autres considérations interprétatives (C), appuient la conclusion suivant laquelle il faut déterminer dans chaque cas si la Loi s’applique au préjudice distinct en cause

to allow the civil action to proceed if that separate injury was not itself “suffered . . . in an [automobile] accident”. I will begin by discussing the above three points, after which I will comment briefly on the alternative issue of a break in the chain of causation (D) and on the issue of waiver (E) before concluding.

## II. Analysis

### A. *Wording and Purpose of the Act*

[94] It is important to note that in *Rossy*, this Court endorsed the remarks made by Baudouin J.A. in *Pram* in formulating [TRANSLATION] “three fundamental rules” for identifying the causal link needed in order to establish that an “accident” within the meaning of the Act has occurred:

[TRANSLATION] The first is that the causal link required by the act is *sui generis*, and that in characterizing that link, it is unhelpful to rigidly adhere to any of the traditional doctrinal constructs of *causa causans*, *causa proxima*, adequate causation, proximate causation and equivalence of conditions. Those theories are very helpful in the general law, particularly where the judge must assess the causal relationship between fault and damage. They are not helpful here.

. . . .

The second is that the type of causality that must apply to the case cannot be determined without regard for the purposes of the act, which, it should not be forgotten, is remedial social legislation.

The third is that it is important to go back to the legislation itself. The act mentions damage caused not only by an automobile (which might suggest that the automobile must play an active role), but also by a load carried in or on an automobile or “by the use thereof”. [Underlining added.]

(*Rossy*, at para. 25, quoting *Pram*, at pp. 1741-42.)

[95] Baudouin J.A. described the purpose of the Act as follows in *Pram*, at p. 1740:

[TRANSLATION] [The Act’s] purpose is essentially to ensure that victims of automobile accidents are compensated

et permettre le recours civil si ce préjudice n’a pas lui-même été « causé dans un accident » automobile. Je vais commencer par examiner les trois points susmentionnés, puis je commenterai brièvement la question subsidiaire de la rupture du lien de causalité (D) ainsi que la question de la renonciation (E) avant de conclure.

## II. Analyse

### A. *Le libellé de la Loi et son objet*

[94] Il importe de rappeler que, dans *Rossy*, notre Cour a confirmé la justesse des propos du juge Baudouin dans *Pram* lorsqu’il a élaboré les « trois règles fondamentales » applicables à l’évaluation du lien de causalité nécessaire pour établir qu’il y a eu un « accident » au sens de la Loi :

La première est que le lien de causalité requis par la loi est un lien *sui generis* et qu’il est vain, pour le qualifier, de s’enfermer dans les constructions doctrinales traditionnelles de la *causa causans*, *causa proxima*, causalité adéquate, causalité immédiate ou équivalence des conditions. Ces théories sont d’un grand secours en droit commun, notamment lorsqu’il s’agit, pour le juge, d’évaluer le rapport causal entre la faute et le dommage. Elles ne le sont pas ici.

. . . .

La seconde est qu’on ne peut divorcer la détermination du type de causalité qui doit s’appliquer à l’espèce des buts poursuivis par la loi, qui, rappelons-le, est une loi remédiatrice et à caractère social.

La troisième est qu’il est important de retourner au texte même. Celui-ci mentionne non seulement le dommage causé par une automobile (ce qui pourrait laisser supposer l’exigence d’un rôle actif de celle-ci), mais aussi par son chargement et « par son usage ». [Je souligne.]

(*Rossy*, par. 25, citant *Pram*, p. 1741-1742.)

[95] L’objet de la Loi a été décrit comme suit par le juge Baudouin dans *Pram*, p. 1740 :

[La Loi] a essentiellement pour but de veiller à ce que les victimes d’accidents d’automobile soient indemnisées

for their bodily injuries regardless of who is at fault. It also removes the assessment of damages from the courts and entrusts it to the Société de l'assurance automobile du Québec. [Emphasis added; footnote omitted.]

This was subsequently endorsed by this Court in *Rossy* (para. 19).

[96] Since “it is important to go back to the legislation itself”, I will now consider the wording of the Act.

[97] The Act provides that “[e]very victim resident in Québec and his dependants are entitled to compensation under this title, whether the accident occurs in Québec or outside Québec” (s. 7). The Act defines the word “victim” as follows:

6. Every person who suffers bodily injury in an accident is a victim.

[98] It is therefore necessary to identify the bodily injury and to determine whether it was suffered “in an accident”. The Act provides some clarifications in this regard. The term “bodily injury” is defined as follows in s. 2:

“bodily injury” means any physical or mental injury, including death, suffered by a victim in an accident, and any damage to the clothing worn by a victim;

[99] The word “accident” is defined in s. 1 of the Act:

“accident” means any event in which damage is caused by an automobile;

[100] Also in s. 1 of the Act, the legislature took care to specify what it meant by “damage caused by an automobile”:

“damage caused by an automobile” means any damage caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile, including damage caused by a trailer used with an automobile, but excluding damage caused by the autonomous act of an animal that is part of the load and injury or damage caused to a person or property by reason of an action performed by

sans égard à la responsabilité pour leurs dommages corporels. Elle retire aussi l'arbitrage des dommages aux tribunaux judiciaires et le confie à la Société de l'assurance automobile du Québec. [Je souligne; note en bas de page omise.]

Cela a par la suite été confirmé par notre Cour dans l'affaire *Rossy* (par. 19).

[96] Puisqu'« il est important de retourner au texte même », je vais maintenant m'attarder au libellé de la Loi.

[97] La Loi confère à « [l]a victime qui réside au Québec et [aux] personnes à sa charge [le] droit d'être indemnisées en vertu du présent titre, que l'accident ait lieu au Québec ou hors du Québec » (art. 7). La Loi définit ainsi la victime :

6. Est une victime, la personne qui subit un préjudice corporel dans un accident.

[98] Il faut donc identifier le préjudice corporel et déterminer s'il a été subi « dans un accident ». La Loi comporte des précisions à cet égard. Le terme « préjudice corporel » y est défini ainsi à l'art. 2 :

« préjudice corporel » : tout préjudice corporel d'ordre physique ou psychique d'une victime y compris le décès, qui lui est causé dans un accident, ainsi que les dommages aux vêtements que porte la victime.

[99] Le mot « accident » est quant à lui défini à l'art. 1 de la Loi :

« accident » : tout événement au cours duquel un préjudice est causé par une automobile;

[100] Toujours à l'art. 1 de la Loi, le législateur a pris soin de préciser ce qu'il entend par l'expression « préjudice causé par une automobile » :

« préjudice causé par une automobile » : tout préjudice causé par une automobile, par son usage ou par son chargement, y compris le préjudice causé par une remorque utilisée avec une automobile, mais à l'exception du préjudice causé par l'acte autonome d'un animal faisant partie du chargement et du préjudice causé à une personne ou à un bien en raison d'une action de cette personne reliée à

that person in connection with the maintenance, repair, alteration or improvement of an automobile;

[101] If, and only if, an injury is characterized as “bodily injury” within the meaning of the Act, “[c]ompensation . . . is granted by the Société de l’assurance automobile du Québec regardless of who is at fault” (s. 5), and it is that compensation alone — the compensation received under the Act for “bodily injury” — that stands in lieu of all rights and remedies and bars any action in any court in respect of such an injury (s. 83.57). Accordingly, it must first be established that an injury is covered by the Act before it can be found that any action in respect of the injury is barred.

[102] This Court has held that the Act must be given a large and liberal interpretation, particularly because of its remedial nature, which means that, “in determining whether the Act applies, a court must not look for a traditional causal link between fault and damage as is routinely done in delictual or quasi-delictual civil liability cases” (*Rossy*, at para. 28).

[103] Although this large and liberal interpretation means that it is necessary to depart from the concept of a traditional causal link, the Court has stated that the necessary causal link between an *automobile* and bodily injury [TRANSLATION] “must remain plausible and logical having regard to the wording of the act” (*Rossy*, at para. 26, quoting *Pram*, at p. 1741). In my opinion, the same logic must apply to the necessary causal link between an *automobile accident* and bodily injury. Moreover, this is what is contemplated in s. 41 of the *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16:

**41.** Every provision of an Act is deemed to be enacted for the recognition of rights, the imposition of obligations or the furtherance of the exercise of rights, or for the remedying of some injustice or the securing of some benefit.

Such statute shall receive such fair, large and liberal construction as will ensure the attainment of its object and the carrying out of its provisions, according to their true intent, meaning and spirit.

l’entretien, la réparation, la modification ou l’amélioration d’une automobile;

[101] Si, et seulement si, un préjudice est qualifié de « préjudice corporel » au sens de la Loi, « [l]es indemnités accordées par la Société de l’assurance automobile du Québec [. . .] le sont sans égard à la responsabilité de quiconque » (art. 5), et ce sont uniquement ces indemnités — c’est-à-dire celles reçues en vertu de la Loi pour un « préjudice corporel » — qui tiennent lieu de tous les droits et recours et qui rendent irrecevable une action devant un tribunal de droit commun à l’égard de ce préjudice (art. 83.57). Par conséquent, il faut d’abord établir qu’un préjudice est couvert par la Loi avant de pouvoir conclure à l’irrecevabilité d’un recours le concernant.

[102] Notre Cour a statué que la Loi doit recevoir une interprétation large et libérale, notamment en raison de son caractère réparateur, et que, conséquemment, « pour décider si la Loi s’applique, les tribunaux n’ont pas à chercher un lien causal traditionnel entre la faute et le dommage, comme cela se fait couramment dans les causes civiles délictuelles ou quasi délictuelles » (*Rossy*, par. 28).

[103] Bien que cette interprétation large et libérale commande que l’on s’écarte de la notion de lien causal traditionnel, notre Cour a précisé que le lien de causalité requis entre une *automobile* et un préjudice corporel « doit cependant rester plausible et logique eu égard au libellé de la loi » (*Rossy*, par. 26, citant *Pram*, p. 1741). À mon avis, la même logique doit s’appliquer au lien de causalité requis entre un *accident d’automobile* et un préjudice corporel. C’est d’ailleurs ce que prévoit l’art. 41 de la *Loi d’interprétation*, RLRQ, c. I-16 :

**41.** Toute disposition d’une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d’imposer des obligations ou de favoriser l’exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l’accomplissement de son objet et l’exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin.

[104] Thus, for an event to be considered an automobile accident under the Act, “it is not necessary for the vehicle to have entered directly into physical contact with the victim” (*Rossey*, at para. 27). Nor is it necessary under the Act for “the vehicle to have been in motion when the damage occurred” (*ibid.*), and “[w]hether the vehicle’s role was active or passive is not determinative of causation” (*ibid.*). Along the same lines, the Act does not require that “[t]he damage [be] produced by the vehicle directly” (*ibid.*). These principles with respect to causation evince an interpretation of the scope of the Act that is not only large and liberal, but also plausible and logical. This Court has also found that “[w]hether the act that caused the damage was voluntary or involuntary is of no consequence”, that “[t]he mere use of the vehicle, that is, its use, handling and operation, is sufficient for the act to apply” and that “[i]t is enough that the damage occur in the general context of the use of the vehicle” for the Act to apply (*ibid.*). More importantly, “[t]he identification of a causal link remains a matter of logic and fact, and depends on the circumstances of each case” (*ibid.*).

[105] I am in no way questioning these principles with respect to causation. On the contrary, the principles from *Rossey* remain relevant, and they perfectly illustrate the approach to be taken in determining whether bodily injury is covered by the Act. A large and liberal interpretation is necessary in the determination of whether an automobile accident has occurred (as in *Rossey*) or whether bodily injury was suffered in an accident (as in the cases at bar). However, in my respectful view, such a large and liberal interpretation of the Act in combination with the *sui generis* nature of the causal link cannot have the effect of making the scope of the Act so broad that the issue of causation becomes totally irrelevant. An interpretation to that effect cannot be plausible and logical having regard to the words of the Act: the Act refers specifically to the concept of causation many times, and its words must be respected. The trial judge in *Godbout* was correct in stating the following:

[104] Ainsi, pour qu’un événement soit considéré comme un accident d’automobile au sens de la Loi, celle-ci « ne requiert pas que l’automobile soit entrée directement en contact physique avec la victime » (*Rossey*, par. 27). La Loi ne requiert pas non plus que « l’automobile ait été en mouvement au moment où le dommage a été causé » (*ibid.*). En effet, « [l]e rôle actif ou passif du véhicule n’est pas un critère déterminant du lien de causalité » (*ibid.*). Dans le même sens, la Loi ne requiert pas « que le dommage ait été produit directement par le véhicule lui-même » (*ibid.*). Ces principes quant à la notion de causalité témoignent d’une interprétation non seulement large et libérale, mais également plausible et logique de la portée de la Loi. Notre Cour a en outre jugé que « [l]e caractère volontaire ou involontaire du comportement qui a produit le dommage est sans importance », « [l]e simple usage de l’automobile, c’est-à-dire son emploi, son utilisation, son maniement, son fonctionnement, est suffisant pour permettre de donner lieu à l’application de la loi » et qu’il « suffit [que le dommage] se soit réalisé dans le cadre général de l’usage de l’automobile » pour que la Loi s’applique (*ibid.*). Plus important encore, « [l]a détermination du lien causal reste une question de logique et de fait, fonction des circonstances propres à chaque espèce » (*ibid.*).

[105] Je ne remets aucunement en question ces principes quant à la notion de causalité. Au contraire, les enseignements de l’arrêt *Rossey* demeurent pertinents et illustrent parfaitement l’approche applicable afin de décider si un préjudice corporel est couvert par la Loi. Une interprétation large et libérale s’impose lorsqu’il s’agit de déterminer si on est en présence d’un accident d’automobile (comme c’était le cas dans *Rossey*) ou si le préjudice corporel a été causé dans un accident (comme c’est le cas en l’espèce). Mais, à mon humble avis, une telle interprétation large et libérale de la Loi ainsi que le caractère *sui generis* du lien de causalité ne peuvent avoir pour effet de conférer à cette Loi une portée tellement large qu’elle réduirait à néant la question de la causalité. Cela ne saurait constituer une interprétation plausible et logique eu égard au libellé de la Loi, puisque celle-ci renvoie explicitement à la notion de causalité à moult endroits et que son texte doit être respecté. La juge de première instance dans l’affaire *Godbout* avait raison de s’exprimer ainsi :

[TRANSLATION] To say that there is no need to look for a traditional causal link between fault and damage in automobile insurance cases is not to say that every question related to causation should be disregarded. The Act itself refers to causation: for there to be an accident within the meaning of the Act, the damage must be caused by an automobile, and for there to be bodily injury within the meaning of the Act, the injury must be suffered in an accident (ss. 1 and 2). [Emphasis in original.]

(Trial judge's reasons, at para. 20)

[106] In these appeals, we must determine, on the basis of a logical and plausible interpretation, whether a separate injury caused by a fault subsequent to an accident is covered by the Act. According to the interpretation proposed by my colleague Wagner J., once an initial injury is covered by the Act, all subsequent separate injuries, even those caused by a fault subsequent to the accident, will also be covered, provided that they have “a plausible, logical and sufficiently close link” to the accident (paras. 20 and 49). With all due respect, I am of the view that no interpretation can be found to be plausible and logical if it leads to the conclusion that a medical or other fault subsequent to an accident is considered to occur “in an accident” simply because it has such a link to that accident. Such an interpretation has the effect of linking separate and subsequent injuries to an accident that is merely the occasion of their occurrence but is not their cause. In my opinion, that interpretation cannot be reconciled with the words of the Act.

[107] I find that the only way to truly respect the legislature's intent, which it has expressed in clear language in the Act, is to allow a civil action to be brought against a third party who committed a fault subsequently to an automobile accident and caused injuries separate from those suffered in the accident itself. In other words, the prohibition of civil actions provided for in s. 83.57 of the Act does not apply in such circumstances. Let me explain.

[108] In all the definitions I discussed above, the legislature has used the present tense, especially in relation to the time of the accident:

Dire qu'il ne faut pas rechercher, en matière d'assurance automobile, le lien causal traditionnel entre la faute et le préjudice ne signifie pas qu'il faut faire abstraction de toute question relative au lien de causalité. La Loi elle-même y fait référence : pour qu'il y ait accident, au sens de la Loi, il faut que le préjudice soit causé par une automobile. Pour qu'il y ait préjudice corporel, au sens de la Loi, il faut que le préjudice soit causé dans un accident (art. 1 et 2). [Souligné dans l'original.]

(Motifs de première instance, par. 20)

[106] En l'espèce, nous devons déterminer, sur la base d'une interprétation logique et plausible, si un préjudice distinct, causé par une faute subséquente à l'accident, est ou non couvert par la Loi. Suivant l'interprétation que propose mon collègue le juge Wagner, dès lors qu'un préjudice initial est couvert par la Loi, tous les préjudices subséquents distincts, même causés par une faute subséquente à l'accident, le seront également, pourvu que ceux-ci soient « lié[s] de façon plausible, logique et suffisamment étroite » à l'accident (par. 20 et 49). Or, soit dit en tout respect, je suis d'avis qu'aucune interprétation ne saurait être jugée plausible et logique si elle amène à conclure qu'une faute — de nature médicale ou autre — subséquente à l'accident est considérée survenir « dans un accident » du seul fait qu'elle est liée, de la façon susmentionnée, à cet accident. Cette interprétation a pour effet de rattacher des préjudices distincts et subséquents à un accident qui n'a constitué que l'occasion de leur survenance sans en être la cause. À mon avis, une telle interprétation est irréciliable avec le libellé de la Loi.

[107] J'estime que permettre un recours civil contre un tiers ayant commis une faute subséquentement à un accident d'automobile et ayant causé des dommages distincts de ceux causés dans cet accident est la seule façon de véritablement respecter l'intention du législateur, laquelle est exprimée en termes clairs dans le cadre de la Loi. Autrement dit, la prohibition contre les recours civils qu'édicte l'art. 83.57 de la Loi est inapplicable dans de telles circonstances. Je m'explique.

[108] Dans toutes les définitions auxquelles je me réfère précédemment, le législateur s'exprime toujours au présent, c'est-à-dire plus particulièrement par rapport au moment de l'accident :

- in s. 6, the “victim” is a person who *suffers* (and not who suffered or will suffer) bodily injury *in* (and not following) an accident;
  - in s. 2, the victim’s “bodily injury” is that suffered (and not that was or will be suffered) by the victim in (and not following) an accident, and any damage to the clothing worn by the victim (at the time of the accident);
  - in s. 1, an “accident” is an event in which (and not following which) damage is caused (and not was or will be caused) by an automobile; and
  - again in s. 1, “damage caused by an automobile” is that caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile, including by a trailer used with an automobile.
- à l’art. 6, la « victime » est la personne qui *subit* (et non qui a subi ou subira) un préjudice corporel *dans* (et non à la suite d’) un accident;
  - à l’art. 2, le « préjudice corporel » de la victime est celui qui lui est causé (et non qui lui a été causé ou lui sera causé) dans (et non à la suite d’) un accident, ainsi que les dommages aux vêtements que porte la victime (au moment de l’accident);
  - à l’art. 1, l’« accident » est un événement au cours duquel (et non à la suite duquel) un préjudice est causé (et non a été causé ou sera causé) par une automobile; et
  - toujours à l’art. 1, le « préjudice causé par une automobile » est celui causé par une automobile, par son usage ou par son chargement, y compris par une remorque utilisée avec une automobile.

[109] My colleague argues that this is merely an illustration of the rule that the law is always speaking and is always drafted in the present tense. He concludes that “[o]ne cannot on this basis draw any conclusions with respect to the temporal scope of the Act in order to limit, for example, the definition of an automobile accident” (para. 26).

[109] Selon mon collègue, il s’agit là d’une simple illustration de la règle voulant que la loi parle toujours et s’exprime au présent. Il en conclut qu’« [o]n ne peut de ce fait inférer des conclusions sur la portée de la Loi dans le temps afin de restreindre, par exemple, la définition d’un accident d’automobile » (par. 26).

[110] It is important to analyze the substance of the rule on which my colleague relies. In Quebec, this rule is codified in ss. 49 and 50 of the *Interpretation Act*, which read as follows:

[110] Il importe d’analyser ce que prévoit la règle invoquée par mon collègue. Au Québec, cette règle est codifiée aux art. 49 et 50 de la *Loi d’interprétation*, qui sont rédigés ainsi :

**49.** The law is ever commanding; and whatever be the tense of the verb or verbs contained in a provision, such provision shall be held to be in force at all times and under all circumstances to which it may apply.

**49.** La loi parle toujours; et, quel que soit le temps du verbe employé dans une disposition, cette disposition est tenue pour être en vigueur à toutes les époques et dans toutes les circonstances où elle peut s’appliquer.

**50.** No provision of law shall be declaratory or have a retroactive effect, by reason alone of its being enacted in the present tense.

**50.** Nulle disposition légale n’est déclaratoire ou n’a d’effet rétroactif pour la raison seule qu’elle est énoncée au présent du verbe.

I am in no way questioning the fact that the above-quoted provisions of the Act are held to be in force at all times and under all circumstances to which they may apply. Nor do I say that the provisions in question are declaratory or have a retroactive effect

Or, je ne remets aucunement en question le fait que les dispositions de la Loi citées précédemment sont tenues pour être en vigueur à toutes les époques et dans toutes les circonstances où elles peuvent s’appliquer. Je ne dis pas non plus que ces dispositions



by reason alone of their being enacted in the present tense.

[111] Rather, my position is that, while it is true that the law is generally drafted in the present tense, the legislature has full authority to use another tense if it wishes to do so. In the words of Louis-Philippe Pigeon, an author on whom my colleague relies, “[i]f this rule is violated, and part of a law is drafted in the future tense, the courts, in interpreting that law, will have to ponder why the future was used in some sections and the present in others” (L.-P. Pigeon, *Drafting and Interpreting Legislation* (1988), at p. 14). Pierre-André Côté, another author on whom my colleague relies, expresses the same opinion, noting that “[s]pecific circumstances permit the use of other tenses: the past or future may indicate the relative anteriority or posteriority of a particular proposition” (P.-A. Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 80).

[112] In *Greenshields v. The Queen*, [1958] S.C.R. 216, at p. 225, Locke J. of this Court noted, although in dissent, that “[t]he broad general rule for the construction of statutes is that a section or enactment must be construed as a whole, each portion throwing light, if need be, on the rest.” Robertson J.A. made the same point in *Canada (Attorney General) v. Xuan*, [1994] 2 F.C. 348 (C.A.), at p. 354, stating that “a statutory word or expression can be fully grasped only in relation to the whole of which it is a constituent part”.

[113] A unanimous panel of this Court recently reiterated this fundamental principle of interpretation in *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at para. 28:

There is a presumption of statutory interpretation that the provisions of a statute are meant to work together “as parts of a functioning whole” . . . and form an internally consistent framework. In other words, “the whole gives

sont déclaratoires ou ont un effet rétroactif pour la raison seule qu’elles sont énoncées au présent du verbe.

[111] J’estime plutôt que s’il est vrai que la loi s’exprime généralement au présent, le législateur a pleins pouvoirs pour s’exprimer autrement s’il le désire. Comme le soulignait Louis-Philippe Pigeon, un auteur sur lequel mon collègue s’appuie : « Si, contrairement à cette règle, on écrit une partie du texte au futur, alors les tribunaux appelés à l’interpréter devront se poser la question suivante : pourquoi a-t-on, dans certains articles, employé le futur et, dans d’autres articles, le présent? » (L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1986), p. 31). Pierre-André Côté, un autre auteur invoqué par mon collègue, abonde dans le même sens et note qu’« [o]n peut, si l’occasion l’exige, recourir à d’autres temps : le passé ou le futur peuvent marquer l’antériorité ou la postériorité d’une proposition » (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), par. 275 et 278).

[112] Dans *Greenshields c. The Queen*, [1958] R.C.S. 216, p. 225, quoique dissident dans cette affaire, le juge Locke de notre Cour a précisé que [TRADUCTION] « [s]uivant la règle générale d’interprétation des lois, un texte de loi ou un article de celui-ci doit être interprété globalement, chaque partie de ce texte ou article éclairant au besoin le reste de celui-ci. » Le juge Robertson s’est prononcé au même effet dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Xuan*, [1994] 2 C.F. 348 (C.A.), p. 354, affirmant que « le sens d’un mot ou d’une expression employée par le législateur ne peut être pleinement compris qu’en relation à l’ensemble du texte dans lequel il s’insère ».

[113] Une formation unanime de notre Cour a rappelé récemment ce principe d’interprétation fondamental dans l’affaire *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 28 :

En matière d’interprétation législative, il faut présumer que les dispositions d’une loi forment un ensemble cohérent et fonctionnent en harmonie [TRADUCTION] « comme les diverses parties d’un tout » [. . .] Autrement

meaning to its parts”, and “each legal provision should be considered in relation to other provisions, as parts of a whole” . . . . [Citations omitted.]

In Quebec, the legislature has codified this principle in s. 41.1 of the *Interpretation Act*, according to which “[t]he provisions of an Act are construed by one another, ascribing to each provision the meaning which results from the whole Act and which gives effect to the provision.”

[114] In the Act, the legislature has defined a compensable bodily injury as any physical or mental injury, including death, “suffered . . . in an accident” and has, in addition, defined an accident as “any event in which damage is caused by an automobile”. If it had wanted the scope of the compensation scheme to extend to separate injuries suffered as a result of an event subsequent to an accident (here, the subsequent fault), the legislature would have said so clearly and would thus have extended the scope of the Act to include injuries suffered “following an accident”, as it did in s. 73 of the Act. It did not do so in ss. 1, 2 and 6, but that would be the consequence of the interpretation proposed by my colleague.

[115] It is my opinion that what must be asked in interpreting the Act is why the legislature chose to express an idea relating to the future in s. 73 (“following an accident”), but did not do so in ss. 1, 2 and 6. Because of the presumption of consistent expression, “[w]hen an Act uses different words in relation to the same subject such a choice by Parliament must be considered intentional and indicative of a change in meaning or a different meaning” (*Jabel Image Concepts Inc. v. Minister of National Revenue* (2000), 257 N.R. 193 (F.C.A.), at para. 12). This Court unanimously endorsed this principle, per LeBel J., in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 81:

. . . according to the presumption of consistent expression, when different terms are used in a single piece of legislation, they must be understood to have different

dit, « l’ensemble [contribue] au sens de chacun des éléments » et « chaque disposition légale doit être envisagée, relativement aux autres, comme la fraction d’un ensemble complet » . . . . [Références omises.]

Le législateur québécois a codifié ce principe à l’art. 41.1 de la *Loi d’interprétation*, lequel précise que « [l]es dispositions d’une loi s’interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l’ensemble et qui lui donne effet. »

[114] Dans la Loi, le législateur a défini le préjudice corporel indemnisable comme correspondant à tout préjudice physique ou psychique, y compris le décès, « causé dans un accident », en plus de définir un accident comme « tout événement au cours duquel un préjudice est causé par une automobile ». S’il avait voulu que la portée du régime d’indemnisation s’étende aux préjudices distincts subis en raison d’un événement subséquent à l’accident (ici la faute subséquente), le législateur se serait exprimé clairement en ce sens et il aurait ainsi étendu l’application de la Loi aux préjudices causés « à la suite d’un accident », comme il l’a fait à l’art. 73 de celle-ci. Bien qu’il ne l’ait pas fait aux art. 1, 2 et 6, c’est toutefois la conséquence qu’aurait l’interprétation proposée par mon collègue.

[115] En interprétant la Loi, il faut à mon avis se demander pourquoi le législateur a choisi d’exprimer une notion temporelle future à l’art. 73 (« à la suite d’un accident »), ce qu’il n’a pas fait aux art. 1, 2 et 6. En raison de la présomption d’uniformité d’expression, « [l]orsqu’une loi emploie des mots différents pour traiter du même sujet, ce choix du législateur doit être considéré comme délibéré et être tenu pour une indication de changement de sens ou de différence de sens » (*Jabel Image Concepts Inc. c. Canada*, 2000 CanLII 15319 (C.A.F.), par. 12). Notre Cour a confirmé ce principe d’une voix unanime sous la plume du juge LeBel, dans l’affaire *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 81 :

. . . selon la présomption d’uniformité d’expression, lorsque des termes différents sont employés dans un même texte législatif, il faut considérer qu’ils ont un sens

meanings. If Parliament has chosen to use different terms, it must have done so intentionally in order to indicate different meanings.

By the same token, “[g]iving the same words the same meaning throughout a statute is a basic principle of statutory interpretation” (*R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at p. 1387).

[116] In my opinion, the words of the Act and common sense thus preclude the argument that a separate injury caused by a medical or a hospital fault — or by negligent conduct on the part of police officers — subsequent to an accident can constitute an injury that was “suffered . . . in an accident”. A medical or hospital fault, or a fault committed by police officers, does not occur in the general context of the use of the vehicle.

[117] I note that the legislature also chose, in defining the bodily injury covered by the Act, to include any damage to the clothing worn by the victim. This may seem like a minor point, but in my view, it supports my interpretation, since not just any clothing is covered by the Act, but only the clothing worn by the victim at the time of the accident, that is, the “event in which” the clothing was damaged “by an automobile”.

[118] Furthermore, the legislature chose to make exceptions to what it considered to be “damage caused by an automobile”, or “any damage caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile, including damage caused by a trailer used with an automobile”, by excluding “damage caused by the autonomous act of an animal that is part of the load and injury or damage caused to a person or property by reason of an action performed by that person in connection with the maintenance, repair, alteration or improvement of an automobile”. All the elements of the definition of “damage caused by an automobile” relate to the automobile: to the automobile itself, to the use of the automobile, to the load carried in or on the automobile, to a trailer used with the automobile, or to the maintenance, repair, alteration or improvement of the automobile. In my opinion, these exceptions confirm

différent. Il faut tenir pour acquis que le législateur a délibérément choisi des termes différents dans le but d’indiquer un sens différent.

Corollairement, « [d]onner aux mêmes mots le même sens dans l’ensemble d’une loi est un principe de base en matière d’interprétation des lois » (*R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, p. 1387).

[116] À mon avis, le libellé de la Loi et le sens commun ne permettent donc pas de soutenir qu’un préjudice distinct causé soit par une faute médicale ou hospitalière subséquente à l’accident, soit par une conduite négligente des policiers subséquemment à l’accident, puisse constituer un préjudice qui a été « causé dans un accident ». Une faute médicale ou hospitalière ou encore une faute policière ne survient pas dans le cadre général de l’usage de l’automobile.

[117] Je note que le législateur, en définissant le préjudice corporel couvert par la Loi, a aussi choisi d’inclure les dommages causés aux vêtements portés par la victime. Cet élément peut sembler mineur, mais, selon moi, il appuie mon interprétation dans la mesure où ce ne sont pas n’importe quels vêtements qui sont couverts par la Loi, mais bien ceux que la victime portait lors de l’accident, c’est-à-dire « [l’]événement au cours duquel » ceux-ci furent endommagés « par une automobile ».

[118] De plus, le législateur a choisi de prévoir des exceptions à ce qu’il considère comme un « préjudice causé par une automobile », soit « tout préjudice causé par une automobile, par son usage ou par son chargement, y compris le préjudice causé par une remorque utilisée avec une automobile ». Il a exclu le « préjudice causé par l’acte autonome d’un animal faisant partie du chargement et [le] préjudice causé à une personne ou à un bien en raison d’une action de cette personne reliée à l’entretien, la réparation, la modification ou l’amélioration d’une automobile ». Tous les éléments présents dans la définition de « préjudice causé par une automobile » se rapportent à l’automobile : à l’automobile elle-même, à son usage, à son chargement, à la remorque utilisée avec l’automobile, à son entretien, à sa réparation, à sa modification ou à son amélioration. La présence de ces exceptions confirme à mon avis que, pour qu’un

that, to be covered by the Act, damage must “occur in the general context of the use of the vehicle”, as this Court stated in *Rossey* (para. 27), endorsing the comments made by Baudouin J.A. on this point in *Pram* (p. 1742).

[119] The interpretation I propose is also mindful of the internal consistency of the Act, as it gives full meaning to s. 12.1, which reads as follows:

**12.1.** The Société must be impleaded in any action where a determination is to be made as to whether the bodily injuries were caused by an automobile.

[120] Thus, s. 12.1 of the Act explicitly contemplates the possibility of a party bringing a civil action in order to seek compensation for bodily injuries that are not covered by the Act, because, that is, they were not “suffered . . . in an accident”. In my opinion, given that the legislature does not speak in vain, it is clear, as stated in s. 12.1, that it will sometimes be necessary to have a court determine whether bodily injuries were suffered in an accident, that is, whether they were caused by an automobile, and the legislature has accordingly established an obligation to implead the Société de l’assurance automobile du Québec (“SAAQ”) in such cases. There would be no purpose to s. 12.1 if, as my colleague Wagner J. maintains, the appellants had no remedy.

[121] I find that my colleague’s position unduly limits the scope, and indeed the purpose, of s. 12.1 of the Act and does not lead to a harmonious interpretation of the Act. My colleague states that “[t]his section is not intended to entitle an automobile accident victim to bring a civil action against a third party in respect of an injury that is covered by the Act, but concerns the determination of whether the causal link needed for the Act to apply exists in a given case” (para. 24). I wish to be clear that this statement does not reflect what I am saying. To me, it is clear that if the injury is covered by the Act, there is nothing more to say. I am instead of the view that s. 12.1 shows that a victim has a right to bring a civil action against a third party in respect

préjudice soit couvert par la Loi, il faut qu’il « se soit réalisé dans le cadre général de l’usage de l’automobile » comme l’a dit notre Cour dans *Rossey* (par. 27), confirmant en cela les propos du juge Baudouin dans *Pram* (p. 1742).

[119] L’interprétation que je propose respecte également la cohérence interne de la Loi, puisqu’elle donne à l’art. 12.1 tout son sens. Cette disposition prévoit ce qui suit :

**12.1.** La Société doit être mise en cause dans toute action où il y a lieu de déterminer si le préjudice corporel a été causé par une automobile.

[120] L’article 12.1 de la Loi prévoit donc explicitement la possibilité pour une partie d’intenter un recours civil afin d’être dédommée d’un préjudice corporel qui ne serait pas couvert par celle-ci, c’est-à-dire parce que le préjudice en question n’aurait pas été « causé dans un accident ». À mon avis, comme le législateur ne s’exprime pas inutilement, il est clair que suivant les termes de l’art. 12.1, les tribunaux civils seront parfois appelés à déterminer si un préjudice corporel a été causé dans un accident, c’est-à-dire par une automobile, et le législateur a en conséquence établi l’obligation de mettre la Société de l’assurance automobile du Québec (« SAAQ ») en cause dans le cadre de telles instances. L’article 12.1 ne serait d’aucune utilité si, comme le soutient mon collègue le juge Wagner, les appelants ne disposaient d’aucun recours.

[121] J’estime que la position avancée par mon collègue limite indûment la portée, voire la raison d’être, de l’art. 12.1 de la Loi, et ne cadre pas avec une interprétation harmonieuse de celle-ci. Mon collègue affirme que « [l]a raison d’être de cet article n’est pas de donner à la victime d’un accident d’automobile le droit d’exercer un recours civil contre un tiers pour un préjudice couvert par la Loi, mais bien de déterminer, dans un cas donné, si le lien de causalité requis pour entraîner l’application de la Loi est satisfait » (par. 24). Je tiens à préciser que cette affirmation ne reflète pas mon propos. En effet, à mon sens, il est clair que si le préjudice est couvert par la Loi, le débat s’arrête là. Je suis plutôt d’avis que l’art. 12.1 confirme l’existence du droit

of an injury that *is not* covered by the Act. Section 12.1 shows that the legislature has provided that it will sometimes be necessary to determine whether bodily injuries were caused by an automobile (and thus suffered in an accident) and that, if they were, the Act will apply.

[122] The interpretation of the Act that I propose is also consistent with the SAAQ's own interpretation. The position of that body, which has been administering the Act for almost 40 years, cannot be completely disregarded.

[123] For example, in 1993, in a detailed review of Bill 113, *An Act to amend the Automobile Insurance Act*, 2nd Sess., 34th Leg., which had the effect, *inter alia*, of modernizing the language of the Act, including the language used with respect to the obligation to implead the SAAQ under s. 12.1, lawyer Claude Gélinas made the following comment on behalf of the SAAQ:

[TRANSLATION] The litigation [in which the SAAQ must be impleaded] must concern the fact that bodily injuries were caused by an automobile. And this is tied to some extent to our definition of "accident" in our statute. In our statute, an accident is defined as an event in which damage is caused by an automobile.

(Quebec, National Assembly, Commission permanente de l'aménagement et des équipements, "Étude détaillée du projet de loi 113 — Loi modifiant la Loi sur l'assurance automobile", *Journal des débats de la Commission permanente de l'aménagement et des équipements*, vol. 32, No. 102, 2nd Sess., 34th Leg., November 24, 1993, at p. 5369).

[124] In short, the wording of the Act is clear. It itself provides a useful and functional criterion that makes it possible to apply the automobile accident compensation scheme effectively. While it is clear that the Act must be given a large and liberal interpretation, [TRANSLATION] "[t]hat interpretation must [however] remain plausible and logical having regard to the wording of the act" (*Pram*, at p. 1741), since the words of the Act were explicitly chosen by the legislature. In my opinion, the Act does not bar the appellants' actions in the two cases now before this Court.

d'une victime d'exercer un recours civil contre un tiers pour un préjudice qui *n'est pas* couvert par la Loi. L'article 12.1 illustre que le législateur a prévu qu'il sera parfois nécessaire de déterminer si le préjudice corporel a été causé par une automobile (et donc dans un accident), auquel cas la Loi s'applique.

[122] D'ailleurs, l'interprétation de la Loi que je propose correspond également à celle qu'en donne la SAAQ. On ne saurait ignorer totalement la position de cet organisme qui administre la Loi depuis bientôt 40 ans.

[123] Par exemple, en 1993, dans une étude détaillée du projet de loi 113, *Loi modifiant la Loi sur l'assurance automobile*, 2<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., lequel avait notamment pour effet de moderniser le langage de la Loi, y compris le langage employé quant à l'obligation de mettre en cause la SAAQ prévue à l'art. 12.1, M<sup>e</sup> Claude Gélinas s'exprimait ainsi au nom de la SAAQ :

Le litige [dans lequel la SAAQ doit être mise en cause] doit porter sur le fait que des dommages corporels sont causés par une automobile. Et ça, c'est lié un peu à notre définition d'« accident » dans notre loi. On définit, dans notre loi, un accident comme étant un événement au cours duquel un dommage est causé par une automobile.

(Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de l'aménagement et des équipements, « Étude détaillée du projet de loi 113 — Loi modifiant la Loi sur l'assurance automobile », *Journal des débats de la Commission permanente de l'aménagement et des équipements*, vol. 32, n<sup>o</sup> 102, 2<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 24 novembre 1993, p. 5369).

[124] En somme, le texte de la Loi est clair. Il fournit en soi un critère utile et fonctionnel, qui permet une application efficace du régime d'indemnisation des accidents d'automobile. La Loi doit certes être interprétée de façon large et libérale, mais « [c]ette interprétation doit cependant rester plausible et logique eu égard au libellé de la loi » (*Pram*, p. 1741), les termes de la Loi reflétant les choix explicites du législateur. À mon avis, la Loi ne rend pas irrecevables les recours des appelants dans les deux pourvois dont nous sommes saisis en l'espèce.

[125] Finally, I note that a review of the cases on which the decisions in *Pram* and *Rossey* were based shows that even if they had been decided on the basis of the interpretation of the Act I am proposing, their outcomes would not have been different given that in each of them, a single injury was alleged and there was good reason to conclude that the injury had been “suffered . . . in an accident” (*Harris v. Cité de Verdun*, [1979] C.S. 690; *Cordero v. British Leyland Motors Canada Ltd.*, [1980] C.S. 899; *Lapalme v. Mareluc Ltée*, [1983] C.S. 646; *Periard v. Ville de Sept-Îles*, [1985] I.L.R. ¶1-1963 (Que. C.A.); *Commission des accidents de travail du Québec, Desfonds et Larocque v. Girard* (1988), 18 Q.A.C. 110; *Neveu v. Compagnie d’assurance Victoria du Canada* (1989), 30 Q.A.C. 97; *Belley v. Tessier-Villeneuve*, [1990] R.R.A. 959 (Que. C.A.); *Langlois v. Dagenais*, [1992] R.R.A. 489 (Que. C.A.)).

*B. Context in Which the Act Was Enacted and Legislative Intent*

[126] A review of the context in which the Act was enacted and an analysis of the legislature’s intent support the conclusion that, where there is a separate injury caused by a fault subsequent to an accident, it is necessary to determine whether the Act applies and to authorize a civil action if the injury at issue was not itself “suffered . . . in an [automobile] accident”.

[127] It is important to review the context in which the Act was enacted, which this Court summarized as follows in *Rossey* (at paras. 17-18):

The Act came into force in 1978 in response to growing dissatisfaction with the system of civil liability for automobile accidents that existed at the time. In 1971, the Quebec government had established a committee to study and report on the extent to which victims of automobile accidents were being compensated, either through civil actions or through the existing insurance scheme. The committee’s report found that a large number of victims went uncompensated, that trying to obtain compensation could take years and that the cost of obtaining compensation was in the tens of thousands of dollars . . . .

[125] Je note enfin que l’examen des affaires qui ont servi de fondement jurisprudentiel aux arrêts *Pram* et *Rossey* permet de constater que, même selon l’interprétation de la Loi que je propose, le résultat de ces affaires n’aurait pas été différent, dans la mesure où on y alléguait l’existence d’un seul préjudice et que, dans chacune d’elles, il y avait lieu de conclure que ce préjudice avait été « causé dans un accident » (*Harris c. Cité de Verdun*, [1979] C.S. 690; *Cordero c. British Leyland Motors Canada Ltd.*, [1980] C.S. 899; *Lapalme c. Mareluc Ltée*, [1983] C.S. 646; *Periard c. Ville de Sept-Îles*, [1985] I.L.R. ¶1-1963 (C.A. Qc); *Commission des accidents de travail du Québec, Desfonds et Larocque c. Girard* (1988), 18 C.A.Q. 110; *Neveu c. Compagnie d’assurance Victoria du Canada* (1989), 30 C.A.Q. 97; *Belley c. Tessier-Villeneuve*, [1990] R.R.A. 959 (C.A. Qc); *Langlois c. Dagenais*, [1992] R.R.A. 489 (C.A. Qc)).

*B. Le contexte de l’adoption de la Loi et l’intention du législateur*

[126] L’examen du contexte de l’adoption de la Loi ainsi que l’analyse de l’intention du législateur étayent la conclusion selon laquelle, en cas de préjudice distinct causé par une faute subséquente à l’accident, il faut déterminer si la Loi est applicable et autoriser le recours civil si le préjudice en cause n’a pas lui-même été « causé dans un accident » automobile.

[127] Il importe de rappeler le contexte de l’adoption de la Loi, tel que résumé par notre Cour dans l’affaire *Rossey* (par. 17-18) :

La Loi est entrée en vigueur en 1978. Elle répondait à l’insatisfaction grandissante à l’égard du système de responsabilité civile en place à l’époque pour régler les litiges découlant d’accidents de la route. En 1971, le gouvernement du Québec avait mis sur pied un comité chargé de lui faire rapport après avoir étudié la réelle indemnisation des victimes d’accidents d’automobile, que ce soit au terme de recours civils ou en vertu du régime d’assurance en place. Selon le rapport du comité, un grand nombre de ces victimes n’étaient pas indemnisées; il pouvait s’écouler des années avant qu’elles n’obtiennent réparation et le coût des procédures de recouvrement pouvait atteindre des dizaines de milliers de dollars . . . .

As a result, the Quebec government implemented a no-fault public automobile insurance scheme to be administered by the Société de l'assurance automobile du Québec ("SAAQ"). The new scheme was primarily designed to provide compensation to victims of automobile accidents for death and injury to the person, without regard to fault. The provisions of Title II of the Act eliminated the expense and uncertainty of trying to recover damages by way of private civil actions. However, the other part of the scheme, Title III, retained a fault-based regime for property damage caused by a vehicle and also required private insurance for such damage . . . . [Emphasis added; citations omitted.]

[128] Baudouin, Deslauriers and Moore comment along the same lines regarding the reform effected by the Act:

[TRANSLATION] The historical development of Quebec's law with respect to traffic accidents is particularly interesting to observe as a social phenomenon. As can be seen, legal thinking changed under the pressure of social forces. Starting from the classic individualistic view that the owner of a dangerous object, an automobile, is accountable only for injuries caused by his or her fault, the law arrived, as a result of the 1977 reform, at a social view according to which the absolute priority is no longer the establishment of actual or presumed fault, but the compensation of victims of traffic accidents in all cases. The remedial function of civil liability therefore became paramount. With it, the socialization of risk, government control over compensation and the strict regulation of insurance finally made it possible to remedy the serious injustices that every previous scheme had merely perpetuated despite the definite progress that had resulted from secondary reforms.

Since the purpose of this legislative scheme is to provide adequate compensation to victims of traffic accidents, the scheme must be given a large and liberal interpretation so as to ensure that its compensatory purpose is attained. [Emphasis added; footnote omitted.]

(J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at paras. 1-1178 to 1-1179)

Le gouvernement québécois a donc mis sur pied un régime public d'assurance automobile sans égard à la responsabilité géré par la Société de l'assurance automobile du Québec (« SAAQ »). Ce nouveau régime vise avant tout à indemniser les victimes des accidents de la route en cas de décès ou de préjudice corporel, et ce, sans égard à la responsabilité. Les dispositions de la Loi qui figurent sous le Titre II éliminent les dépenses et l'incertitude relatives aux recours civils et privés en dommages-intérêts. Cependant, l'autre portion du régime, soit celle décrite au Titre III, concerne le préjudice matériel causé par les automobiles. Ce régime est toujours fondé sur la responsabilité en plus d'exiger la souscription de contrats d'assurance responsabilité privés pour couvrir ces dommages . . . [Je souligne; références omises.]

[128] Commentant la réforme créée par la Loi, les auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore abondent dans le même sens :

L'évolution historique du droit québécois sur le règlement des accidents de la circulation est particulièrement intéressante à observer comme phénomène social. On y voit, en effet, se transformer la pensée du droit sous la pression des forces sociales. Parti de la conception individualiste classique, selon laquelle le propriétaire d'un objet à risque, l'automobile, n'est comptable que du préjudice causé par sa faute, le droit aboutit, par la réforme de 1977, à une conception sociale aux termes de laquelle une absolue priorité est donnée, non plus à la recherche de la faute réelle ou présumée, mais à la compensation des victimes d'accidents de la circulation dans tous les cas. La fonction réparatrice de la responsabilité civile prend donc totalement le dessus. Avec elle, la socialisation du risque, l'étatisation de l'indemnisation, le contrôle strict de l'assurance ont enfin permis de remédier aux injustices sérieuses que tous les régimes antérieurs ne faisaient que perpétuer en dépit des progrès certains venant de réformes d'appoint.

Le présent régime législatif ayant pour but d'indemniser adéquatement les victimes d'accidents de la circulation doit recevoir une interprétation large et libérale afin d'atteindre sa finalité d'indemnisation et de compensation. [Je souligne; note en bas de page omise.]

(J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8<sup>e</sup> éd. 2014), par. 1-1178 à 1-1179)

[129] This context must be considered in interpreting the Act. *Road* risks are what the legislature wanted to provide for in a scheme that pays compensation regardless of who is at fault. The legislature did not intend to create, nor did it in fact create, a no-fault liability scheme for police officers, physicians or other third parties who might commit faults subsequently to automobile accidents and thereby cause separate injuries. The interpretation of the Act should not therefore produce such a result, yet this is in fact the consequence that the interpretation my colleague proposes would have. In my view, if the Quebec legislature had intended to create a no-fault compensation scheme that would apply to every injury suffered subsequently to an automobile accident, it would have done so explicitly.

[130] I find that the interpretation my colleague proposes as regards the link required for an automobile accident to be deemed to have caused bodily injury covered by the Act is contrary to the legislature's intention. This Court has on many occasions endorsed the modern approach to legislative interpretation, namely 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 [the legislature]" (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87 (emphasis added)).

[131] The Court in fact found in *Rossy* that the legislature had intended to give the Act a broad reach (para. 19). I am not questioning that finding; quite the contrary. However, I wish to point out that the Court also found, in that same case, that the no-fault public automobile insurance scheme created by the Act "was primarily designed to provide compensation to victims of automobile accidents for death and injury to the person, without regard to fault" (*Rossy*, at para. 18 (emphasis added)). Thus, what the legislature intended to regulate were *road risks*, not medical, hospital, police or other risks. It is up to the legislature, not the courts, to expand the coverage to other types of risks.

[129] Il importe de considérer ce contexte en interprétant la Loi. Ce sont les risques *routiers* que le législateur a voulu encadrer par un régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité de quiconque. Il n'entendait pas créer — ni n'a créé d'ailleurs — un régime de responsabilité sans égard à la faute en faveur des policiers, des médecins ou d'autres tiers qui commettraient une faute subséquente à un accident d'automobile et causeraient ainsi un préjudice distinct. L'interprétation de la Loi ne devrait donc pas produire un tel résultat, mais c'est pourtant la conséquence qu'aurait celle proposée par mon collègue. À mon avis, si le législateur québécois avait voulu créer un régime d'indemnisation sans égard à la faute de quiconque à l'égard de tout préjudice subséquent à un accident d'automobile, il l'aurait dit explicitement.

[130] L'interprétation que propose mon collègue quant au lien requis pour qu'un accident d'automobile soit réputé avoir causé un préjudice corporel couvert par la Loi me semble ne pas respecter l'intention du législateur. En effet, notre Cour a confirmé à maintes reprises l'approche moderne d'interprétation législative selon laquelle [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 » (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87 (je souligne)).

[131] Dans *Rossy*, notre Cour a effectivement reconnu que le législateur souhaitait conférer à la Loi une large portée (par. 19). Je ne mets pas ce constat en question, bien au contraire. Je tiens toutefois à souligner que notre Cour a également reconnu, dans cette même affaire, que le régime public d'assurance automobile sans égard à la responsabilité mis en place par la Loi « vise avant tout à indemniser les victimes des accidents de la route en cas de décès ou de préjudice corporel, et ce, sans égard à la responsabilité » (*Rossy*, par. 18 (je souligne)). Ce sont donc *les risques routiers*, et non les risques médicaux, hospitaliers, policiers ou autres, que le législateur voulait régir. Il appartient au législateur, et non aux tribunaux, d'élargir les risques couverts.



[132] This intention that the scope of the scheme be limited to road risks is clear from the parliamentary debate at the time in question.

[133] It is clear from the comments made by Minister Payette during the debate that led up to the passage of Bill 67, the *Automobile Insurance Act*, 2nd Sess., 31st Leg., that it was damage *caused* by an automobile that the legislature intended to regulate by means of a no-fault compensation scheme:

[TRANSLATION] . . . this bill is intended to establish a scheme in Quebec to compensate persons who suffer bodily injury caused by an automobile, and it makes the Régie de l'assurance automobile du Québec responsible for administering a fund to compensate persons who sustain property damage caused by an automobile where the person responsible for the damage is unknown, is not insured, is not adequately insured or is insured by an insolvent insurer. [Emphasis added.]

(Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, vol. 19, No. 96, 2nd Sess., 31st Leg., August 19, 1977, at p. 3093)

[134] In the course of that debate, Minister Payette explained the expressions “no-fault” and “*sans égard à la responsabilité*” as follows:

[TRANSLATION] It is true, Mr. President, that the expression “no-fault” or “*sans égard à la responsabilité*” is inherently troublesome. It suggests that people will be driving with impunity on the roads of Quebec. It implies a kind of guarantee for reckless drivers and drunks.

Since we all know that it is not the role of insurance to punish the guilty, and since we all know that my colleagues from Justice and Transport will make sure careless and dangerous drivers are kept off the roads, we have tried to find a better expression that comes closer to the idea of sharing road risks, because that is what we want to implement, that is what we mean by “no-fault”, that is what we call greater social justice, sharing road risks.

[132] Cette intention de limiter la portée du régime aux risques routiers ressort clairement des débats parlementaires de l'époque.

[133] Ainsi que l'indiquent clairement les commentaires de la ministre Payette lors des débats ayant précédé l'adoption du projet de loi n° 67, *Loi sur l'assurance automobile*, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., ce sont les préjudices *causés par* une automobile que le législateur voulait encadrer dans un régime d'indemnisation sans égard à la faute :

. . . ce projet vise l'instauration au Québec d'un régime d'indemnisation des personnes lésées à raison d'un dommage corporel causé par une automobile et met à la charge de la Régie de l'assurance automobile du Québec l'administration d'un fonds d'indemnisation des personnes lésées à raison d'un dommage matériel causé par une automobile lorsque la personne responsable du dommage est inconnue, n'est pas assurée, n'est pas assurée suffisamment ou est assurée auprès d'un assureur insolvable. [Je souligne.]

(Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 19, n° 96, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 19 août 1977, p. 3093)

[134] La ministre Payette, à l'époque, expliquait en ces termes les expressions « sans égard à la responsabilité » et « *no-fault* » :

Bien sûr, M. le Président, l'expression même de “no fault” ou sans égard à la responsabilité est ingrate en soi. Elle laisse supposer qu'on se promènera impunément sur les routes du Québec. Elle laisse entendre une sorte de caution aux chauffards et aux ivrognes.

Puisque nous savons tous que ce n'est pas à l'assurance de pénaliser les coupables, puisque nous savons tous que mes collègues de la Justice et des Transports verront à écarter de la route les conducteurs imprudents ou dangereux, nous avons essayé de trouver une meilleure expression qui colle davantage au concept de la mise en commun des risques routiers, car c'est cela que nous voulons instaurer, c'est cela, notre “no fault”, c'est cela que nous appelons une plus grande justice sociale, la mise en commun des risques routiers.

When all is said and done, what we want, what we are creating, is in fact greater social responsibility on our roads. The extremely high volume of accidents in Quebec is a social risk that goes well beyond the responsibility of individual drivers. Moreover, the unequal protection provided by the current scheme also creates a need for a better distribution of the total amounts of premiums and compensation paid in Quebec. [Emphasis added.]

(Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, vol. 19, No. 109, 2nd Sess., 31st Leg., October 28, 1977, at pp. 3786-87)

[135] It is also revealing, in my view, that the legislature specifically chose not to include in the Act a provision originally found in Bill 67 that would have given physicians immunity for administrative acts carried out in the context of their work for the SAAQ. The provision in question stated that “[t]he reports to the Régie made by a physician or an establishment are confidential and privileged and, as such, cannot give rise to a claim for damages” (Bill 67, first reading, clause 66).

[136] After Bill 67 was introduced, the Corporation professionnelle des médecins du Québec — now the Collège des médecins du Québec — filed a brief in which it raised concerns about clause 66:

[TRANSLATION] Finally, that same clause 66 provides that the reports made by a physician to the Régie are confidential and, “as such, cannot give rise to a claim for damages”. . . . In our opinion, it is unjustifiable to bar an injured person from suing a physician for damages in court under the pretext that the fault was committed in a report to the Régie. Is the intention to shield the Régie from lawsuits? Unless the bill specifies the scope of the immunity provided for in clause 66 and the identities of the persons who are to have that immunity, the Corporation can only recommend, for the moment, that these words be removed. [Emphasis added.]

(Quebec, National Assembly, Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières, “Mémoire de la Corporation professionnelle des médecins du Québec à la Commission

Au fond, ce que nous voulons, ce que nous créons, c’est justement une plus grande responsabilité sociale sur nos routes. Le volume extrêmement élevé des sinistres au Québec est un risque social qui va bien au-delà de la responsabilité du conducteur individuel. Aussi, l’inégalité de la protection offerte par le régime actuel rend également nécessaire une meilleure répartition de l’assiette des primes et des indemnités payées au Québec. [Je souligne.]

(Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 19, n° 109, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 28 octobre 1977, p. 3786-3787)

[135] Constitue également un indice révélateur, selon moi, le fait que le législateur ait expressément choisi de ne pas inclure dans la Loi une disposition qui aurait conféré aux médecins une immunité à l’égard d’actes administratifs accomplis dans le cadre de leur travail pour la SAAQ et qui se trouvait initialement dans le projet de loi n° 67. En effet, cette disposition énonçait que « [l]es rapports faits à la Régie par un médecin ou un établissement sont confidentiels et privilégiés et, à ce titre, ne peuvent donner lieu à une réclamation en dommages » (projet de loi n° 67, première lecture, art. 66).

[136] Or, à la suite du dépôt du projet de loi n° 67, la Corporation professionnelle des médecins du Québec — aujourd’hui le Collège des médecins du Québec — a produit un mémoire dans lequel elle soulevait des inquiétudes au sujet de l’art. 66 :

Enfin ce même article 66 énonce que les rapports faits par un médecin à la Régie sont confidentiels et « à ce titre, ne peuvent donner lieu à une réclamation en dommages ». [. . .] Il nous apparaît injustifiable d’empêcher une personne lésée de poursuivre un médecin en dommages devant les Tribunaux civils sous prétexte que la faute a été commise lors d’un rapport adressé à la Régie. Serait-ce la Régie qu’on veut mettre à l’abri des poursuites? À défaut par le projet de loi de préciser l’étendue de l’immunité prévue à l’article 66 et l’identité des personnes qui doivent en bénéficier, la Corporation ne peut, pour l’instant, que recommander l’abrogation de ce membre de phrase. [Je souligne.]

(Québec, Assemblée Nationale, Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières, « Mémoire de la Corporation professionnelle des médecins du Québec à la Commission

parlementaire sur le Projet de Loi 67 Loi sur l'assurance automobile», *Journal des débats de la Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières*, vol. 19, No. 210, 2nd Sess., 31st Leg., October 20, 1977, Appendix II, at p. 6539)

[137] Before a parliamentary committee, Minister Payette confirmed that the concerns raised by the Corporation professionnelle des médecins du Québec had been taken into consideration, and she admitted that clause 66 of Bill 67 seemed to confer an immunity whose scope had not been clearly understood:

[TRANSLATION]

**[Minister Payette:]** . . .

. . . on receiving your brief, we immediately prepared to review the wording of clause 66 and . . . we didn't even wait to see you before the parliamentary committee, and so the clause is currently being re-examined, at our request, in response to your brief.

. . .

**[Louis Payette, Corporation professionnelle des médecins du Québec:]** . . . Clause 66 establishes two rules, the one concerning the confidentiality of reports to the Régie and the second one, which we think is more unclear, indicates that as such, the reports cannot give rise to a claim for damages. . . .

When you spoke of clause 66, I don't know if you were referring to both aspects, the confidentiality of information and also this other aspect of clause 66, which seems to give someone an immunity whose scope we did not clearly understand.

. . .

**[Minister Payette:]** . . . that clause in particular was sent back immediately for clarification owing to the relevance of your comments. [Emphasis added.]

(Quebec, National Assembly, Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières, «Étude du projet de loi n° 67 — Loi sur

parlementaire sur le Projet de Loi 67 Loi sur l'assurance automobile », *Journal des débats de la Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières*, vol. 19, n° 210, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 20 octobre 1977, annexe II, p. 6539)

[137] En commission parlementaire, la ministre Payette a confirmé que les inquiétudes soulevées par la Corporation professionnelle des médecins du Québec avaient été prises en considération et elle admettait que l'art. 66 du projet de loi n° 67 semblait conférer une immunité dont la portée n'avait pas bien été saisie :

**[La Ministre Payette :]** . . .

. . . dès la réception de votre mémoire, nous avons immédiatement prévu une révision de la rédaction de l'article 66 et . . . nous n'avons même pas attendu de vous rencontrer en commission parlementaire, si bien que cet article est réétudié présentement, à notre demande, à la suite de la réception de votre mémoire.

. . .

**[M. Louis Payette, Corporation professionnelle des médecins du Québec :]** . . . L'article 66 pose deux règles, celle du caractère confidentiel des rapports fournis à la régie et la seconde qui, à nos yeux est plus obscure, indique qu'à ce titre, les rapports ne peuvent donner lieu à une réclamation en dommages. . . .

Lorsque vous avez parlé de l'article 66, je ne sais pas si vous référiez aux deux aspects, l'aspect caractère confidentiel des informations et aussi à cet autre aspect de l'article 66 qui semble conférer à quelqu'un une immunité dont on n'a pas très bien saisi l'étendue.

. . .

**[La Ministre Payette :]** . . . cet article en particulier a été redonné immédiatement pour être éclairci, à cause de la pertinence de votre intervention. [Je souligne.]

(Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières, « Étude du projet de loi n° 67

l'assurance automobile», *Journal des débats de la Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières*, vol. 19, No. 210, 2nd Sess., 31st Leg., October 20, 1977, at p. 6493)

[138] As the appellants in *Godbout* rightly note, clause 66 was removed from Bill 67, further to a motion to that effect by Minister Payette, two days before the bill was sanctioned (see Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, vol. 19, No. 136, 2nd Sess., 31st Leg., December 20, 1977, at p. 5047; Bill 67 (sanctioned on December 22, 1977)).

[139] Given that the legislature found it necessary to remove from Bill 67 the immunity conferred on physicians for acts of a more administrative nature that they carried out in the context of professional exchanges with the SAAQ, in particular because of the concerns raised by the Corporation professionnelle des médecins to the effect that the scope of that immunity was unclear, it cannot reasonably be argued that the same legislature intended, without saying so explicitly, to exempt physicians from civil liability in respect of care and treatment they provide to victims of automobile accidents. Such an interpretation of the scope of the Act is contrary to the legislature's intent. In my view, the interpretation of my colleague Wagner J. therefore does something that the legislature itself clearly chose not to do explicitly: it exempts third parties who have committed faults, such as physicians or police officers, from civil liability for actions taken in respect of automobile accident victims that resulted in separate injuries. If the legislature had intended to limit the liability of physicians, police officers or other third parties who have committed faults or to exempt them entirely, it would have done so expressly, as it did for health care professionals in s. 605 of the *Highway Safety Code*, CQLR, c. C-24.2:

**605.** No action in damages may be brought against a health care professional for having availed himself of section 603 [which provides that a health professional may report to the SAAQ the name, address and state of

— Loi sur l'assurance automobile », *Journal des débats de la Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières*, vol. 19, n° 210, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 20 octobre 1977, p. 6493)

[138] Comme le souligne avec justesse les appelants dans l'affaire *Godbout*, l'art. 66 a été retiré du projet de loi n° 67 suivant la proposition en ce sens de la ministre Payette deux jours avant la sanction du projet de loi (voir Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 19, n° 136, 2<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 20 décembre 1977, p. 5047; projet de loi n° 67 (sanctionné le 22 décembre 1977)).

[139] Dans la mesure où le législateur a jugé nécessaire de retirer du projet de loi n° 67 l'immunité qu'il accordait aux médecins pour des actes de nature plus administrative réalisés par ces derniers dans le cadre d'échanges professionnels avec la SAAQ, notamment en raison des inquiétudes soulevées par la Corporation professionnelle des médecins quant à la portée obscure d'une telle immunité, on ne saurait raisonnablement prétendre que le même législateur souhaitait exonérer ceux-ci de leur responsabilité civile à l'égard des soins et traitements qu'ils prodigueraient aux accidentés de la route, sans le prévoir explicitement. Une telle interprétation de la portée de la Loi va à l'encontre de l'intention du législateur. À mon avis, l'interprétation avancée par mon collègue le juge Wagner fait donc ce que le législateur lui-même a clairement choisi de ne pas faire explicitement : elle exonère les tiers fautifs, par exemple les médecins ou les policiers, de leur responsabilité civile pour leurs interventions auprès de victimes d'accidents d'automobile, interventions ayant entraîné un préjudice distinct. Si le législateur avait voulu limiter la responsabilité des médecins, policiers ou autres tiers fautifs, ou les exonérer complètement, il l'aurait fait de façon expresse, comme à l'art. 605 du *Code de la sécurité routière*, RLRQ, c. C-24.2, pour les professionnels de la santé :

**605.** Aucun recours en dommages-intérêts ne peut être intenté contre un professionnel de la santé pour s'être prévalu des dispositions de l'article 603 [lequel prévoit qu'un professionnel de la santé peut rapporter à la SAAQ

health of a person 14 years of age or older whom he considers unfit to drive a road vehicle].

The application of the general law of civil liability cannot be excluded without a clear intervention on the legislature's part. The scope of s. 83.57 of the Act is therefore limited by the wording of the section: it bars only civil actions before any court of justice for "bodily injury" within the meaning of the Act, that is, an injury "suffered . . . in an accident".

### C. *Other Interpretive Considerations*

#### (1) The Legislature Does Not Intend to Produce Absurd Consequences

[140] As this Court observed in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, "[i]t is a well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences" (para. 27). Professor Pierre-André Côté notes that the relevant cases suggest that an interpretation will be considered absurd if it "leads to ridiculous or frivolous consequences", if it creates "a result which cannot be imputed to a fair and reasonable legislat[ure]" or if it is "illogical, incoherent or incompatible with other provisions or with the object of the legislative enactment" (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 378-80 (as quoted in *Rizzo & Rizzo Shoes*, at para. 27); see also 4th ed. 2011, at pp. 493-94).

[141] As I mentioned above, my colleague's proposed interpretation as regards the link required for an automobile accident to cause bodily injury within the meaning of the Act seems to disregard the existence of s. 12.1 of the Act. In my view, that interpretation also leads to a consequence that is "absurd" as the meaning of this word is explained in the preceding paragraph in that it is "illogical, incoherent [and] incompatible" with that other provision of the Act. But there is more.

le nom, l'adresse et l'état de santé d'une personne de 14 ans ou plus qu'il juge inapte à conduire un véhicule routier].

L'application du régime général de la responsabilité civile ne peut être écartée sans une intervention claire du législateur. La portée de l'art. 83.57 de la Loi est donc confinée par la lettre de cette disposition : cet article rend irrecevables devant un tribunal de droit commun uniquement les recours civils portant sur un « préjudice corporel » au sens de la Loi, c'est-à-dire un préjudice qui est « causé dans un accident ».

### C. *Autres considérations interprétatives*

#### (1) Le législateur ne peut avoir voulu de conséquences absurdes

[140] Comme le rappelait notre Cour dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, « [s]elon un principe bien établi en matière d'interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes » (par. 27). Le professeur Pierre-André Côté souligne que l'examen de la jurisprudence pertinente tend à indiquer qu'une interprétation sera jugée absurde si elle « mène à des conséquences ridicules ou futiles », si elle crée « un résultat qu'il est impossible de rattacher à la volonté d'un législateur raisonnable et équitable » ou encore si elle est « illogique, incohérent[e], incompatible avec d'autres dispositions ou avec l'objet de la loi » (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), p. 430-432 (tel que cité dans *Rizzo & Rizzo Shoes*, par. 27); voir aussi 4<sup>e</sup> éd. 2009, p. 535-536).

[141] J'ai conclu précédemment que l'interprétation proposée par mon collègue quant au lien requis pour qu'un accident d'automobile cause un préjudice corporel au sens de la Loi me semble ignorer l'existence de l'art. 12.1 de la Loi. À mon avis, cette interprétation conduit également à une conséquence « absurde », suivant le sens donné à ce terme au paragraphe précédent, dans la mesure où elle est « illogique, incohérent[e] [et] incompatible » avec cette autre disposition de la Loi. Mais, il y a plus.

[142] My colleague's interpretation creates a no-fault scheme in favour of any physician, police officer or other third party who has committed a fault in a context in which an initial injury was "suffered . . . in an accident". For example, on the basis of his interpretation, a police officer who allegedly failed to search diligently for a person who had fallen into a ravine while cycling to work could be sued should the person suffer frostbite and have a leg amputated as a result, but such an action would be barred if the same victim had fallen into a ravine while driving to work in a car. Likewise, a physician who allegedly committed a fault in treating the cyclist's injuries could be sued in a civil action, but could not be sued in the case of the driver even if the injury was the same in both cases. In my opinion, these are absurd consequences that flow from my colleague's interpretation and that cannot be imputed to a fair and reasonable legislature.

(2) Right to Full Compensation: Principle and Exception

[143] It is important to note that, although the Act must be given a large and liberal interpretation, one must always bear in mind the fact that s. 83.57 creates an exception to the general law of civil liability, which is based, *inter alia*, on the principle of full compensation. Such an exception must be narrowly construed. The legislature could easily have provided that this exception would also extend to health care professionals or to any other category of persons who might commit a fault subsequently to an automobile accident. I fully agree with the appellants in *Godbout* that [TRANSLATION] "[a] change of such significance, involving societal choices as fundamental as this, cannot result purely and simply from an overly broad interpretation by the Court of Appeal of the provisions of the [Act]" (A.F. *Godbout*, at para. 81).

[142] L'interprétation proposée par mon collègue crée en faveur des médecins, des policiers ou de tout autre tiers fautif un régime de responsabilité sans égard à la faute, lorsque cette faute est commise dans le contexte d'un préjudice initial « causé dans un accident ». Par exemple, selon cette interprétation, le policier qui n'aurait pas recherché avec diligence une personne tombée dans un ravin en se rendant au travail en bicyclette pourrait être poursuivi pour les engelures qu'aurait subies cette personne et l'amputation subséquente, mais un tel recours est irrecevable si la même victime est tombée dans un ravin en se rendant au travail en automobile. De même, le médecin qui aurait commis une faute en traitant les blessures du cycliste pourrait faire l'objet d'un recours civil, alors qu'il ne pourrait être poursuivi dans le cas de l'automobiliste, et ce, même si le préjudice est le même dans les deux scénarios. À mon avis, il s'agit là de conséquences absurdes qui résultent de l'interprétation proposée par mon collègue et qu'on ne peut rattacher à la volonté d'un législateur raisonnable et équitable.

(2) Le droit à réparation intégrale : principe et exception

[143] Il importe de souligner que, malgré l'interprétation large et libérale que la Loi doit recevoir, nous devons toujours garder à l'esprit le fait que son art. 83.57 déroge au droit commun de la responsabilité civile, lequel repose notamment sur le principe de la réparation intégrale. Une telle dérogation doit donc être interprétée restrictivement. Le législateur aurait facilement pu prévoir qu'une telle dérogation s'étendrait également aux professionnels de la santé ou à toute autre catégorie de personnes susceptibles de commettre une faute subséquentement à un accident automobile. Je partage entièrement l'avis des appelants dans l'affaire *Godbout* selon lequel « [u]n changement d'une telle ampleur et impliquant des choix aussi fondamentaux de société ne peut découler purement et simplement d'une interprétation trop large de la Cour d'appel des dispositions de la [Loi] » (m.a. *Godbout*, par. 81).

(3) Considerations Based on Other Statutory Schemes

[144] This Court has recognized that a comparative law analysis can be of assistance in the interpretation of the Act, in particular given the similarity between the Quebec and Manitoba statutory schemes for automobile insurance (*Rossy*, at para. 31):

Manitoba provides a useful comparison since it has a “no-fault” automobile insurance scheme modelled after the Quebec regime.

[145] Unlike my colleague, I find that the Manitoba Court of Appeal’s decision in *Mitchell v. Rahman*, 2002 MBCA 19, 163 Man. R. (2d) 87, is of assistance in the interpretation of the causal link required under the Act. On facts very similar to those of *Godbout*, the Manitoba Court of Appeal found in *Mitchell* that the initial automobile accident had merely been the occasion of the injury in question but was not its cause:

Can it be said that the injury that resulted from medical mistreatment was “caused by . . . the use of an automobile”? In my view, it cannot. The use of an automobile in this case was at most a sine qua non — the circumstance that brought the plaintiff to the defendant hospital for treatment. [para. 56]

[146] In my colleague’s view, *Mitchell* does not apply in the instant cases, in part because, “unlike s. 5 of the Act, s. 73 of the *Manitoba Public Insurance Corporation Act*[, C.C.S.M., c. P215,] provided that compensation was payable ‘regardless of who is responsible for the accident’” (para. 68 (emphasis in original)). He argues that the words “for the accident” in the Manitoba statute have the effect of limiting its scope more than that of the Quebec legislation and that this also limits the relevance of the Manitoba Court of Appeal’s reasons. With respect, I cannot agree with him. On the contrary, the Manitoba statute and the Quebec statute necessarily have the same scope. In the case of the Quebec legislation, it is to remedy a bodily injury as defined in the Act — any physical or mental injury, including

(3) Considérations basées sur d’autres régimes législatifs

[144] Notre Cour a reconnu l’utilité du droit comparé afin d’interpréter la Loi, notamment en raison de la similarité qui existe entre les régimes législatifs québécois et manitobain en matière d’assurance automobile (*Rossy*, par. 31) :

La loi manitobaine est un élément de comparaison utile puisqu’elle crée, à l’image du régime québécois, un régime d’assurance automobile « sans égard à la responsabilité ».

[145] Or, contrairement à mon collègue, j’estime que l’arrêt de la Cour d’appel du Manitoba dans *Mitchell c. Rahman*, 2002 MBCA 19, 163 Man. R. (2d) 87, demeure utile afin d’interpréter le lien de causalité requis pour l’application de la Loi. En présence de faits très similaires à ceux de l’affaire *Godbout*, la Cour d’appel du Manitoba a conclu dans *Mitchell* que l’accident d’automobile initial n’avait constitué que l’occasion du préjudice dont il était question et non pas sa cause :

[TRADUCTION] Est-il possible d’affirmer que le dommage ayant résulté du traitement médical inadéquat a été « causé par [. . .] [l’]usage [d’]une automobile »? À mon avis, ce n’est pas possible. Dans le cas qui nous occupe, l’usage d’une automobile a constitué tout au plus l’occasion — la circonstance qui a fait que le demandeur s’est rendu à l’hôpital défendeur pour y être traité. [par. 56]

[146] De l’avis de mon collègue, l’affaire *Mitchell* ne s’applique pas en l’espèce, notamment parce qu’à « la différence de l’art. 5 de la Loi, l’art. 73 de la *Loi sur la société d’assurance publique du Manitoba*[, C.P.L.M., c. P215,] précise que les indemnités payables le sont “sans égard à la responsabilité de quiconque eu égard à l’accident” » (par. 68 (souligné dans l’original)). Selon mon collègue, la présence de l’expression « eu égard à l’accident » dans la loi manitobaine aurait pour effet de restreindre davantage le champ d’application de cette loi par rapport à celui de la loi québécoise, ce qui limiterait également l’utilité des motifs de la Cour d’appel du Manitoba. Avec égards, je ne peux souscrire à cette opinion. Au contraire, la loi manitobaine et la loi québécoise ont nécessairement la même portée. Dans le cas de la loi

death, *suffered* by a victim *in an accident* — that the SAAQ pays compensation to victims regardless of who is at fault. The definitions of “accident” and “bodily injury” in the Act have the same legal effect on the scope of the Act as the words “for the accident” in the Manitoba statute.

[147] Indeed, when ss. 5 and 6 of the Act are read together, the only plausible and logical conclusion that can be drawn is that the words “regardless of who is at fault” mean who is at fault “in the accident”.

[148] My colleague also bases his reasoning on a parallel he draws between the statutory scheme applicable to industrial accidents and the scheme under the Act. He notes that “in 1985, the Quebec legislature introduced a special scheme to compensate workers to whom industrial accidents happen, or who contract occupational diseases” and that, “[w]ith some exceptions, workers who are entitled to benefits under the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* may not apply to courts of law for compensation for injuries suffered as a result of industrial accidents” (para. 34).

[149] Insofar as my colleague relies on the liability scheme established by the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, CQLR, c. A-3.001, the observations of the Court of Appeal in *G.D. v. Centre de santé et des services sociaux A*, 2008 QCCA 663, [2008] R.J.D.T. 663, at paras. 39-40, concerning the civil immunity conferred by that statute are relevant:

[TRANSLATION] The immunity under the [*Act respecting industrial accidents and occupational diseases*] deprives those who suffer employment injuries of any right to bring civil liability actions against their employers and fellow employees *by reason of their injuries*. It may seem simplistic to add — but the corollary is true, in my opinion — that this immunity does not deprive them of their right to bring actions that are not by reason of their injuries.

québécoise, c’est pour réparer un préjudice corporel suivant la définition qu’elle en donne — soit tout préjudice corporel d’ordre physique ou psychique d’une victime, y compris le décès, *qui est causé dans un accident* — que les indemnités sont accordées par la SAAQ aux victimes, sans égard à la responsabilité de quiconque. Les définitions d’« accident » et de « préjudice corporel » figurant dans la Loi ont sur sa portée le même effet juridique que l’expression « eu égard à l’accident » présente dans la loi manitobaine.

[147] D’ailleurs, lorsque l’on lit ensemble les art. 5 et 6 de la Loi, la seule conclusion plausible et logique qui peut être tirée est que l’expression « sans égard à la responsabilité de quiconque » s’entend de la responsabilité de quiconque « dans l’accident ».

[148] Mon collègue fonde également son raisonnement sur le parallèle qu’il dresse entre le régime législatif applicable aux accidents du travail et le régime prévu par la Loi. Il note que « le législateur québécois a instauré en 1985 un régime particulier d’indemnisation à l’intention des travailleurs victimes d’un accident du travail ou d’une maladie professionnelle » et que, « [s]auf exception, les travailleurs qui ont droit à des prestations en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* ne peuvent s’adresser aux tribunaux de droit commun pour être indemnisés des préjudices subis en raison d’un accident du travail » (par. 34).

[149] Dans la mesure où mon collègue s’inspire du régime de responsabilité mis en place par la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001, les propos de la Cour d’appel dans l’affaire *G.D. c. Centre de santé et des services sociaux A*, 2008 QCCA 663, [2008] R.J.D.T. 663, par. 39-40, au sujet de l’immunité civile qu’elle confère sont pertinents :

L’immunité de la [*Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*] enlève à la victime d’une lésion professionnelle tout droit d’action en responsabilité civile contre son employeur et ses coemployés, *en raison de sa lésion*. Il peut paraître simpliste — mais le corollaire est exact à mon avis — d’ajouter que l’immunité ne lui enlève pas de droit d’action non en raison de sa lésion.



The words of the provision tie the immunity to the injury, not to the industrial accident or to the events that resulted in the injury. The distinction seems important to me. The AIAOD, as social legislation, must be interpreted liberally, of course, but in my view, this does not make it possible to extrapolate and to extend the immunity to everything that relates in any way to an industrial accident. [Underlining added; italics in original.]

In my opinion, the same reasoning applies in these appeals: although the Act must be interpreted liberally, this should not make it possible to extrapolate and to extend the immunity it confers to everything that relates in any way to an automobile accident.

(4) Decisions of the Administrative Tribunal of Québec (“ATQ”)

[150] I note that my colleague seems to endorse a line of ATQ decisions, with which the Court of Appeal agreed in the instant cases, arguing “that where the condition of an automobile accident victim is aggravated while his or her injuries are still being treated and have not yet healed or stabilized, that aggravation generally has a sufficient causal link to the accident to qualify for full compensation from the SAAQ” (para. 43). This comment clearly evinces a change to the question put before us. Whether a victim’s condition is aggravated — independently of the existence of a subsequent fault causing a separate injury — is not the question we have to decide, the question in respect of which the parties submitted their arguments.

(5) Considerations Related to Access to Justice

[151] Moreover, there is absolutely no justification for saying that my conclusion — that a civil action be allowed to proceed in order to have a court determine whether a separate injury resulting from a fault subsequent to an accident is also covered by the scheme of the Act — would overburden the courts. Such cases are rare, and it would be unfair to deprive victims in those cases of their right to bring actions. The legislature’s intent at the time of the enactment of the Act was in fact to facilitate access to justice in the context of road risks (*Rossy*,

Les termes de la disposition lient l’immunité à la lésion, non pas à l’accident de travail ou aux faits d’où provient la lésion. La distinction me semble importante. Certes il faut interpréter libéralement la Latmp, une Loi à portée sociale, mais, à mon avis, cela ne permet pas d’extrapoler et d’étendre l’immunité à tout ce qui touche de près ou de loin à un accident de travail. [Je souligne; en italique dans l’original.]

À mon avis, le même raisonnement s’applique aux présents pourvois : bien qu’il faille interpréter libéralement la Loi, cela ne devrait pas permettre d’extrapoler et d’étendre l’immunité qu’elle confère à tout ce qui touche de près ou de loin à un accident automobile.

(4) Les décisions du Tribunal administratif du Québec (« TAQ »)

[150] Je constate que mon collègue semble entériner un courant jurisprudentiel du TAQ, adopté en l’espèce par la Cour d’appel, voulant « que l’aggravation de l’état de la victime d’un accident d’automobile, alors que ses blessures sont encore traitées et ne sont pas guéries ou consolidées, conserve généralement un lien causal suffisant avec l’accident pour être pleinement indemnisée par la SAAQ » (par. 43). Ces propos révèlent nettement une modification de la question qui nous est soumise. L’aggravation de l’état d’une victime — indépendamment de l’existence d’une faute subséquente causant un dommage distinct — n’est pas la question que nous avons à trancher et à l’égard de laquelle les parties nous ont présenté leurs arguments.

(5) Les considérations relatives à l’accès à la justice

[151] Par ailleurs, il est tout à fait infondé de prétendre que la conclusion à laquelle j’en arrive — c’est-à-dire permettre l’exercice d’un recours civil visant à faire déterminer si un préjudice distinct qui est le résultat d’un acte fautif subséquent à l’accident est lui aussi couvert par le régime d’indemnisation établi par la Loi — aurait pour effet d’engorger les rôles des tribunaux. De tels cas sont rares, et il serait injuste de priver les victimes dans de tels cas de leur droit de recours. L’intention du législateur au moment de l’adoption de la Loi était précisément de

at paras. 17-19). With respect, the interpretation my colleague proposes would limit access to justice for victims of medical, hospital, police or other faults that are committed subsequently to an automobile accident.

[152] The SAAQ, which is responsible for administering the insurance fund and for paying for applications for compensation that are filed with it under the Act (*Act respecting the Société de l'assurance automobile du Québec*, CQLR, c. S-11.011, s. 2(1)(a) and (2)(b)), states itself that it does not share the concerns expressed by the Court of Appeal, which fears that the compensation scheme created by the Act would be weakened if the appellants' actions were to be authorized. On the contrary, [TRANSLATION] “[i]t foresees no particular difficulties and will continue to deal with applications for compensation in the same way if actions like that of the Appellants are authorized” (I.F. (*Godbout*), at para. 25; see also I.F. (*Gargantiel*), at para. 26). The SAAQ is the expert in the matter, and its position supports my interpretation of the Act. The interpretation my colleague proposes could, by unduly broadening the scope of the Act, force Quebec taxpayers to pay the cost of damage that is unrelated to the application of the Act and exempt third parties who have committed faults from any liability by treating medical, hospital and police risks as road risks.

D. *The Chain of Causation Can Be Broken in the Context of the Compensation Scheme of the Act*

[153] In light of my interpretation of how the Act applies to a separate injury caused by a subsequent fault, it is not necessary for me to comment on the issue of a break in the chain of causation in the context of the compensation scheme of the Act. The appellants in *Godbout* in fact present this argument on an alternative basis only. However, I wish to respond to some observations made by my colleague in this regard.

[154] In my view, it is wrong to conclude that the *sui generis* nature of causation in the context of the

faciliter l'accès à la justice dans le contexte de risques routiers (*Rossey*, par. 17-19). Avec égards, l'interprétation proposée par mon collègue restreindrait l'accès à la justice pour les victimes de fautes médicales, hospitalières, policières ou autres qui surviennent subséquemment à un accident d'automobile.

[152] La SAAQ elle-même, chargée d'administrer le fonds d'assurance et d'acquitter les demandes d'indemnités qui lui sont présentées en vertu de la Loi (*Loi sur la Société de l'assurance automobile du Québec*, RLRQ, c. S-11.011, art. 2(1)a) et 2(2)b)), dit ne pas partager les inquiétudes exprimées par la Cour d'appel, qui craint que le régime d'indemnisation créé par la Loi soit fragilisé si l'on devait autoriser les recours des appelants. Au contraire, « [e]lle n'entrevoit pas de difficultés particulières et continuera d'appliquer les mêmes traitements aux demandes d'indemnités si des recours comme celui des Appellants étaient autorisés » (m.i. (*Godbout*), par. 25; voir également m.i. (*Gargantiel*), par. 26). La SAAQ est l'experte en la matière et sa position appuie mon interprétation de la Loi. Celle que propose mon collègue, en élargissant indûment la portée de la Loi, risque d'imposer aux contribuables québécois le coût de dommages sans lien avec l'application de la Loi et d'exonérer des tiers fautifs de toute responsabilité, en assimilant les risques médicaux, hospitaliers et policiers aux risques routiers.

D. *Le lien de causalité peut être rompu dans le cadre du régime d'indemnisation créé par la Loi*

[153] En raison de mon interprétation de la Loi en cas de préjudice distinct causé par une faute subséquente, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur la question de la rupture du lien de causalité dans le cadre du régime d'indemnisation créé par la Loi. D'ailleurs ce n'est que de façon subsidiaire que les appelants dans l'affaire *Godbout* discutent de cet argument. Je désire toutefois répondre à quelques observations qu'a formulées mon collègue à cet égard.

[154] À mon avis, il est erroné de conclure que le caractère *sui generis* de la causalité dans le cadre

Act's compensation scheme necessarily implies that the initial chain of causation can never be broken by a new fact that causes a separate injury.

[155] In *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, at para. 96, this Court implicitly recognized that the chain of causation can be broken by a new fact in stating that “[t]here was ample evidence that all of the damage suffered was caused by the accident and that there was no aggravation or independent damage caused by the faults of the respondent” (emphasis added). Thus, it was not because the Act applied that the plaintiff was unsuccessful in that case, but because the evidence he had adduced did not support the existence of an injury caused by the defendant's faults. In my view, it would not be appropriate in these appeals to rule out the application of the intervening cause doctrine.

#### E. *A Word on the Issue of Waiver*

[156] The Quebec Court of Appeal erred in concluding that [TRANSLATION] “claiming, receiving and accepting compensation payments from the SAAQ entails at the very least a presumption that the person making the claim and the SAAQ are of the opinion that what is claimed and the compensation that is received are for bodily injury suffered in an accident, which rules out any right to claim anything from anyone else” (*Godbout*, C.A. reasons, at para. 85; see also *Gargantiel*, C.A. reasons (2015 QCCA 224), at para. 50).

[157] The concept of waiver does not apply within the framework of the Act. The effect of s. 83.57 of the Act is to establish a single, complete compensation scheme for the injuries the Act covers. It is the fact that damage is characterized as “bodily injury” that gives rise to a right to compensation: if the bodily injury was suffered in an accident, then the Act applies and s. 83.57 bars any action in respect of that injury in a court of civil jurisdiction. This means that an individual never has both a right to compensation under the Act and a right to take the person allegedly responsible for his or her injury to court. In

du régime d'indemnisation établi par la Loi implique nécessairement que le lien de causalité initial ne peut jamais être rompu par un fait nouveau causant un préjudice distinct.

[155] Dans l'affaire *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 96, notre Cour a implicitement reconnu que le lien de causalité peut être rompu par un fait nouveau lorsqu'elle a affirmé ce qui suit : « Il y avait une preuve importante indiquant que tout le préjudice subi avait été causé par l'accident et que les fautes de l'intimé n'avaient causé aucune aggravation ni aucun préjudice indépendant » (je souligne). Ce n'est donc pas parce que la Loi s'appliquait que le demandeur a été débouté dans cette affaire, mais bien parce que la preuve qu'il a présentée n'étayait pas l'existence d'un préjudice causé par les fautes du défendeur. À mon avis, il serait inapproprié dans les présents pourvois de fermer la porte à l'application de la théorie du *novus actus interveniens*.

#### E. *Un mot sur la question de la renonciation*

[156] La Cour d'appel du Québec a fait erreur en concluant que « réclamer, recevoir et encaisser une indemnité de la SAAQ comporte à tout le moins une présomption voulant que celui ou que celle qui réclame, de même que la SAAQ, sont d'avis que ce qui est réclamé et indemnisé compense un préjudice corporel causé dans un accident ce qui écarte tout droit de réclamer d'autrui » (*Godbout*, motifs de la C.A., par. 85; voir aussi *Gargantiel*, motifs de la C.A. (2015 QCCA 224), par. 50).

[157] Le concept de renonciation ne trouve aucune application dans le cadre de la Loi. Par l'effet de son art. 83.57, la Loi instaure un régime unique et complet d'indemnisation pour les préjudices qu'elle couvre. C'est le fait qu'un dommage soit qualifié de « préjudice corporel » qui ouvre droit à une indemnité : s'il s'agit d'un préjudice corporel causé dans un accident, alors la Loi s'applique et l'art. 83.57 rend irrecevable tout recours pour ce préjudice devant une juridiction civile. Ainsi, une personne ne possède jamais à la fois le droit d'être indemnisée en vertu de la Loi et celui de poursuivre

short, it is impossible to waive a right that one does not have.

[158] The fact that compensation has been claimed and received from the SAAQ in the two cases at bar cannot therefore be interpreted as a waiver. If Ms. Godbout and Mr. Gargantiel actually received compensation for injuries that are not covered by the Act, the Act provides mechanisms to make any necessary adjustments, as the SAAQ explained very well in its factum and at the hearing (Act, ss. 83.44 and 83.44.1).

[159] In closing, I would like to make two further comments about this supposed waiver. First, in *Godbout*, although the appellants instituted their action in 2002, it was not until 2010 that the respondents argued that the action was barred because of the existence of the Act. Even though s. 83.57 of the Act has the effect of creating a single, complete compensation scheme for the injuries the Act covers, the parties considered from 2002 to 2010 that the litigation between them was a medical/hospital liability case. Second, in *St-Jean v. Mercier*, this Court itself had simply applied general principles of civil liability in analyzing the causal link; the fact that the victim received compensation from the SAAQ in that case did not bar the action.

### III. Conclusion

[160] For these reasons, I would allow both appeals:

- In *Godbout*, if the Superior Court were to conclude that the respondents committed a medical fault while Ms. Godbout was hospitalized subsequently to the automobile accident and that that medical fault caused separate injuries, s. 83.57 of the Act would not bar the appellants' action in damages.

le présumé responsable de son préjudice devant un tribunal. En somme, il est impossible de renoncer à un droit que l'on ne possède pas.

[158] Le fait que des indemnités aient été réclamées à la SAAQ et reçues de cette dernière dans les deux dossiers qui nous concernent ne saurait donc être interprété comme une renonciation. Si M<sup>me</sup> Godbout et M. Gargantiel ont effectivement reçu des indemnités pour des préjudices non couverts par la Loi, cette dernière prévoit des mécanismes pour procéder aux ajustements nécessaires, comme l'a fort bien exposé la SAAQ dans son mémoire et à l'audience (Loi, art. 83.44 et 83.44.1).

[159] Je désire, en terminant, ajouter deux autres remarques à propos de cette soi-disant renonciation. Premièrement, dans l'affaire *Godbout*, alors que le recours des appelants a été intenté en 2002, ce n'est qu'en 2010 que les intimés ont plaidé que ce recours était irrecevable en raison de l'existence de la Loi. Bien que l'art. 83.57 de la Loi ait pour effet de créer un régime unique et complet d'indemnisation pour les préjudices couverts par celle-ci, de 2002 à 2010, les parties ont considéré que le litige qui les opposait était une cause en responsabilité médico-hospitalière. Deuxièmement, notre Cour elle-même, dans l'affaire *St-Jean c. Mercier*, a tout simplement appliqué les principes généraux en matière de responsabilité civile à l'analyse du lien de causalité; le fait que la victime recevait des indemnités de la SAAQ dans cette affaire n'a pas fait échec au recours.

### III. Conclusion

[160] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais les deux pourvois :

- Dans l'affaire *Godbout*, dans l'éventualité où la Cour supérieure en venait à la conclusion que les intimés ont commis une faute médicale lors de l'hospitalisation de M<sup>me</sup> Godbout subséquente à l'accident automobile et que cette faute médicale a causé des dommages distincts, l'art. 83.57 de la Loi ne fait pas échec au recours en dommages-intérêts des appelants.

- In *Gargantiel*, the Superior Court erred in granting the motion to dismiss the appellant’s action in damages.

*Appeals dismissed with costs, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellants Thérèse Godbout, Louis Godbout and Iris Godbout: Ménard, Martin, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Jean-Maurice Pagé: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Solicitors for the respondents Anick Dulong, Moreno Morelli, Martin Lavigne, Jacques Toueg and Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal: Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Solicitors for the appellant Gilles Gargantiel: Leonard Kliger, Avocat, Montréal.*

*Solicitors for the respondent/intervener the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy (Justice Québec), Montréal.*

*Solicitors for the intervenor Société de l’assurance automobile du Québec: Raiche Pineault Laroche, Montréal.*

- Dans l’affaire *Gargantiel*, la Cour supérieure a fait erreur en accueillant la requête en irrecevabilité du recours en dommages-intérêts de l’appellant.

*Pourvois rejetés avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureurs des appelants Thérèse Godbout, Louis Godbout et Iris Godbout : Ménard, Martin, Montréal.*

*Procureurs de l’intimé Jean-Maurice Pagé : McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Procureurs des intimés Anick Dulong, Moreno Morelli, Martin Lavigne, Jacques Toueg et l’Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal : Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Procureurs de l’appellant Gilles Gargantiel : Leonard Kliger, Avocat, Montréal.*

*Procureurs de l’intimée/intervenante la procureure générale du Québec : Bernard, Roy (Justice Québec), Montréal.*

*Procureurs de l’intervenante la Société de l’assurance automobile du Québec : Raiche Pineault Laroche, Montréal.*

**Desjardins Financial Security Life  
Assurance Company** *Appellant*

v.

**Mariette Émond, Victor Foisy and  
Sabrina Foisy** *Respondents*

**INDEXED AS: DESJARDINS FINANCIAL SECURITY  
LIFE ASSURANCE CO. v. ÉMOND**

**2017 SCC 19**

File No.: 36919.

2017: March 29.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner,  
Gascon, Côté and Brown JJ.

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

*Insurance — Personal insurance — Exclusion — Insurance contract providing for benefits to heirs of insured if he died as result of accident — Exclusion clause to effect that there is no entitlement to benefits under contract “if the accident occurred while the insured was participating in an indictable offence” — Insured dying in motorcycle accident while being chased by police — Offences for which insured could have been prosecuted had he not died are hybrid offences — Exclusion from insurance policy may not be set up against heirs of insured, as art. 2402 of Civil Code of Québec, on which exclusion was based, concerns only indictable offences, those that are punishable exclusively by way of indictment, and not hybrid offences — Civil Code of Québec, art. 2402.*

**Statutes and Regulations Cited**

*Civil Code of Québec*, art. 2402.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 34(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (St-Pierre, Vaclair and Mainville JJ.A.), 2016 QCCA 161, [2016] AZ-51250639, [2016] J.Q. n° 631 (QL), 2016 CarswellQue 573 (WL Can.), affirming a decision of Gervais J., 2014 QCCQ 2565, [2014] AZ-51063428, [2014] J.Q. n° 3112 (QL), 2014 CarswellQue 3132 (WL Can.). Appeal dismissed.

**Desjardins Sécurité financière,  
compagnie d’assurance vie** *Appelante*

c.

**Mariette Émond, Victor Foisy et  
Sabrina Foisy** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE,  
COMPAGNIE D’ASSURANCE VIE c. ÉMOND**

**2017 CSC 19**

N° du greffe : 36919.

2017 : 29 mars.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis,  
Wagner, Gascon, Côté et Brown.

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

*Assurances — Assurances de personnes — Exclusion — Contrat d’assurance prévoyant une prestation aux héritiers d’un assuré qui décède en raison d’un accident — Clause d’exclusion selon laquelle le contrat ne donne droit à aucune prestation « si l’accident survient lors de la participation de l’assuré à tout acte criminel » — Assuré décédé lors d’un accident de motocyclette dans le contexte d’une poursuite policière — Infractions pour lesquelles l’assuré aurait pu être poursuivi, n’eût été son décès, faisant partie de la catégorie des infractions hybrides — L’exclusion de la police d’assurance n’est pas opposable aux héritiers de l’assuré puisque l’art. 2402 du Code civil du Québec, sur lequel l’exclusion est fondée, ne concerne que les actes criminels exclusivement punissables par voie de mise en accusation et non les infractions hybrides — Code civil du Québec, art. 2402.*

**Lois et règlements cités**

*Code civil du Québec*, art. 2402.  
*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 34(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges St-Pierre, Vaclair et Mainville), 2016 QCCA 161, [2016] AZ-51250639, [2016] J.Q. n° 631 (QL), 2016 CarswellQue 573 (WL Can.), qui a confirmé un jugement de la juge Gervais, 2014 QCCQ 2565, [2014] AZ-51063428, [2014] J.Q. n° 3112 (QL), 2014 CarswellQue 3132 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Maria Isabel Garcia*, for the appellant.

No one appeared for the respondents.

*Léon H. Moubayed*, as *amicus curiae*.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] WAGNER J. — The appellant argues that the broad exclusion clause in the accident insurance contract to the effect that the insurer will pay no benefits if an accident occurred while the insured was participating in an indictable offence may be set up against the heirs of the insured.

[2] In this case, the offences of which the insured could have been convicted had he not died are hybrid offences that the Crown may choose to prosecute either as summary conviction offences or as indictable offences.

[3] For the reasons given by the Court of Appeal, we are all of the opinion that the exclusion from the insurance policy based on art. 2402 of the *Civil Code of Québec* may not be set up against the heirs of the insured, as that article must, even in light of s. 34(1) of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, be interpreted having regard to the principles of interpretation that apply in the area of insurance law so as to favour the precision and certainty of the grounds for exclusion in such matters.

[4] On this basis, art. 2402 of the *Civil Code of Québec* concerns only indictable offences, those that are punishable exclusively by way of indictment, and not, as in this case, hybrid offences.

[5] For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Cholette Houle, Lévis.*

*Maria Isabel Garcia*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour les intimés.

*Léon H. Moubayed*, en qualité d'*amicus curiae*.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE WAGNER — L'appelante soutient que la clause d'exclusion de portée générale du contrat d'assurance-accident qui prévoit qu'aucune prestation n'est payable par l'assureur lorsque l'accident survient alors que l'assuré participe à un acte criminel est opposable aux héritiers de ce dernier.

[2] Ici, les infractions pour lesquelles l'assuré aurait pu être reconnu coupable, n'eût été son décès, sont des infractions mixtes ou hybrides qui peuvent, au choix du ministère public, devenir soit des infractions poursuivies par procédure sommaire ou des actes criminels poursuivis par voie de mise en accusation.

[3] Pour les motifs de la Cour d'appel, nous sommes unanimement d'avis que l'exclusion de la police d'assurance fondée sur l'art. 2402 du *Code civil du Québec* n'est pas opposable aux héritiers de l'assuré, puisque cet article, même en considérant le par. 34(1) de la *Loi d'interprétation fédérale*, L.R.C. 1985, c. I-21, doit être interprété à l'aune des principes d'interprétation en matière de droit des assurances afin de promouvoir la précision et la certitude des motifs d'exclusion en cette matière.

[4] Ainsi, l'art. 2402 du *Code civil du Québec* ne concerne que les actes criminels exclusivement punissables par voie de mise en accusation et non pas, comme en l'espèce, des infractions mixtes ou hybrides.

[5] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante : Cholette Houle, Lévis.*

**Sidney Green** *Appellant*

v.

**The Law Society of Manitoba** *Respondent*

and

**Federation of Law Societies  
of Canada** *Intervener*

**INDEXED AS: GREEN v. LAW SOCIETY OF MANITOBA**

**2017 SCC 20**

File No.: 36583.

2016: November 9; 2017: March 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA

*Law of professions — Barristers and solicitors — Continuing professional development — Law Society suspending lawyer for failing to comply with Rules of the Law Society of Manitoba imposing mandatory professional development — Lawyer seeking declaration that impugned rules invalid because they impose suspension for non-compliance without right to hearing or right of appeal — Whether rules valid in light of Law Society’s mandate under The Legal Profession Act, C.C.S.M., c. L107.*

*Law of professions — Barristers and solicitors — Law society — Rules — Standard of review — Statute governing legal profession empowering benchers of Law Society of Manitoba to make rules of general application to profession — Standard of review applicable to rules made by Law Society.*

G was called to the Bar in 1955 and has been a practising lawyer and member of The Law Society of Manitoba (“Law Society”) for over 60 years. Despite the Law Society’s mandatory rules requiring all practising lawyers to complete 12 hours of continuing professional development (“CPD”) a year, G did not report any CPD activities for 2012 or 2013. Over a year after G’s failure to report the completion of any CPD hours, the Law

**Sidney Green** *Appellant*

c.

**La Société du Barreau du Manitoba** *Intimée*

et

**Fédération des ordres professionnels de  
juristes du Canada** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : GREEN c. SOCIÉTÉ DU BARREAU DU  
MANITOBA**

**2017 CSC 20**

N° du greffe : 36583.

2016 : 9 novembre; 2017 : 30 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU MANITOBA

*Droit des professions — Avocats et procureurs — Formation professionnelle continue — Permis d’exercice d’un avocat suspendu par le Barreau pour non-respect des Règles de la Société du Barreau du Manitoba qui prévoient une formation professionnelle obligatoire — Décision sollicitée par un avocat, déclarant que les règles contestées sont invalides parce qu’elles prescrivent la suspension du droit de pratique en cas de non-respect, et ce, sans droit d’être entendu et sans droit d’appel — Les règles sont-elles valides compte tenu du mandat conféré au Barreau par la Loi sur la profession d’avocat, C.P.L.M., c. L107?*

*Droit des professions — Avocats et procureurs — Barreau — Règles — Norme de contrôle — Loi sur la profession d’avocat conférant le pouvoir aux conseillers de la Société du Barreau du Manitoba d’adopter des règles applicables à l’ensemble de ses membres — Norme de contrôle applicable aux règles adoptées par le Barreau.*

G a été admis au Barreau en 1955 et il exerce sa profession et est membre de La Société du Barreau du Manitoba (« Barreau » ou « Société du Barreau ») depuis plus de 60 ans. Malgré les règles obligatoires du Barreau qui exigent que tous les avocats en exercice participent à 12 heures de perfectionnement professionnel permanent (« PPP ») par année, G n’a déclaré aucune activité de formation pour les années 2012 et 2013. Plus d’un an après



Society notified him that if he did not comply with the rules within 60 days, he would be suspended from practising law. G was also invited to correct any errors in his CPD record and was informed that it was possible for the 60-day delay to be extended. G did not reply, nor did he apply for judicial review of the decision to suspend him. Rather, he challenged the validity of certain provisions of the *Rules of the Law Society of Manitoba* (“Rules”) with respect to CPD, by applying for declaratory relief. The application judge dismissed G’s application, concluding that the impugned rules fell squarely within the Law Society’s legislative mandate. The Court of Appeal dismissed the appeal for similar reasons.

*Held* (Abella and Côté JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: The standard applicable to the review of a law society rule is reasonableness. A rule will be set aside only if it is one no reasonable body informed by the relevant factors could have enacted. This means that the substance of the rule must conform to the rationale of the statutory regime set up by the legislature. Reasonableness is the appropriate standard for several reasons. First, in making rules of general application to the profession, the benchers of a law society act in a legislative capacity. The standard of review must reflect a law society’s broad discretion to regulate the legal profession on the basis of policy considerations related to the public interest. Second, many benchers of a law society are also elected by and accountable to members of the legal profession, and applying the reasonableness standard ensures that the courts will respect the benchers’ responsibility to serve those members. Third, a law society acts pursuant to its home statute in making rules such as those challenged by G, and as a result, there is a presumption that the appropriate standard is reasonableness. A law society must be afforded considerable latitude in making rules based on its interpretation of the “public interest” in the context of its enabling statute. Finally, a law society is a self-governing professional body with expertise in regulating the legal profession at an institutional level.

que G a fait défaut de déclarer des heures de PPP, le Barreau l’avisait que s’il ne se conformait pas aux règles dans un délai de 60 jours, son permis d’exercice serait suspendu. On a aussi invité G à corriger toute erreur dans son rapport de déclaration de PPP et on l’a informé de la possibilité de prolonger le délai de 60 jours. G n’a pas répondu et n’a pas non plus sollicité le contrôle judiciaire de la décision de le suspendre. Il a plutôt présenté une demande de jugement déclaratoire, par laquelle il a contesté la validité des dispositions des *Règles de la Société du Barreau du Manitoba* (« Règles ») relatives au PPP. Le juge de première instance a rejeté la demande de G, concluant que les règles contestées relèvent nettement du mandat que la *Loi sur la profession d’avocat* (« Loi ») confère au Barreau. La Cour d’appel a rejeté l’appel pour des motifs semblables.

*Arrêt* (les juges Abella et Côté sont dissidentes) : L’appel est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : La norme de contrôle applicable à l’examen de règles adoptées par un barreau est celle de la décision raisonnable. Une règle ne sera annulée que si elle est du type qui n’aurait pu être adoptée par un organisme raisonnable tenant compte des facteurs pertinents. Cela signifie que la teneur de la règle doit être conforme à la raison d’être du régime mis sur pied par la législature. La norme de la décision raisonnable est celle qui convient, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, lorsqu’ils adoptent des règles qui s’appliquent de façon générale à la profession, les conseillers agissent en qualité de législateurs. La norme de contrôle doit refléter le large pouvoir d’un barreau de réglementer la profession d’avocat en fonction de plusieurs considérations de principe dans l’intérêt public. Deuxièmement, les conseillers des barreaux sont nombreux à être élus par les membres de la profession juridique et à devoir leur rendre des comptes; appliquer la norme de la décision raisonnable garantit que les cours respecteront le devoir des conseillers de servir ces membres. Troisièmement, un barreau agit conformément à sa loi constitutive lorsqu’il adopte des règles comme celles qui sont contestées par G; il y a donc une présomption d’assujettissement à la norme de la décision raisonnable. Un barreau doit donc jouir d’une vaste latitude pour adopter des règles fondées sur son interprétation de « l’intérêt public » aux termes de sa loi habilitante. Enfin, un barreau est doté de l’expertise particulière des organismes professionnels autonomes pour prescrire les politiques et les procédures qui régissent l’exercice de leur profession en particulier.

To determine whether the impugned rules are reasonable, the scope of the Law Society's statutory mandate must first be construed. The purpose, words and scheme of *The Legal Profession Act* ("Act"), support an expansive construction of the Law Society's rule-making authority. The Law Society was given a broad public interest mandate and broad regulatory powers to accomplish its mandate — a mandate which must be interpreted using a broad and purposive approach. The wording and scheme of the Act are also indicative of the breadth of the Law Society's authority and rule-making power. In particular, it is empowered to establish consequences for contravening the Act or the Rules, such as a suspension, for failing to meet the educational standards it is statutorily required to put in place. Since the Law Society has the power to create a CPD scheme, it necessarily has the power to enforce the scheme's standards.

In this case, the impugned rules are reasonable in light of the Law Society's statutory mandate. It is reasonable for the Rules to expose a lawyer to a suspension as a consequence for non-compliance with the CPD program. The Act provides clear authority for the Law Society to create a CPD program that can be enforced by means of a suspension, and the overall purpose of the Act, the words used in it and the scheme of the Act show that the impugned rules are reasonable in light of the Law Society's statutory mandate. A suspension, the purpose of which relates to compliance, not to punishment or professional competence, is a reasonable and effective way to ensure consistency of legal service across the province and to guarantee that even lawyers who are not interested in meeting the educational standards will comply. The right to practise law is not a common law right or a property right, but a statutory right that depends on the principles set out in the Act and the Rules.

Moreover, imposing a suspension on members for failing to comply with the impugned rules without giving such members a right to a hearing or a right of appeal is not unreasonable in light of the Law Society's statutory powers. Rather, it is entirely consistent with the Law Society's duty to establish and enforce educational standards. The suspension at issue is administrative in nature, and the impugned rules reasonably include no right to a hearing or right of appeal because lawyers are solely in control of complying with the rules in question at their leisure. Only they can end the suspension by complying with the requirements. Further, the rules permitting a suspension

Pour décider si les règles contestées sont raisonnables, la portée du mandat légal confié au Barreau doit d'abord être interprétée. L'objet, le libellé et l'économie de la Loi militent en faveur d'une interprétation généreuse du pouvoir du Barreau d'adopter des règles. Le législateur a confié au Barreau un large mandat d'intérêt public accompagné de vastes pouvoirs réglementaires pour accomplir ce mandat — un mandat qui doit être interprété de façon large et compatible avec l'objet de la Loi. Le libellé et l'économie de la Loi indiquent également la portée de l'autorité du Barreau et de son pouvoir de réglementation. Plus particulièrement, il peut fixer les sanctions qu'entraînent les contraventions à la Loi ou aux Règles, comme la suspension, en cas de manquement aux normes de formation que la Loi lui prescrit d'adopter. Puisque le Barreau a le pouvoir de créer un régime de PPP, il a nécessairement le pouvoir d'en imposer l'application.

En l'espèce, les règles contestées sont raisonnables compte tenu du mandat conféré au Barreau par la Loi. Il est raisonnable que les Règles exposent un avocat à une suspension parce qu'il ne s'est pas conformé au programme de PPP. La Loi confère clairement au Barreau le pouvoir de créer un programme de PPP dont le non-respect peut entraîner une suspension et l'objectif général de la Loi, son libellé et son économie démontrent que les règles contestées sont raisonnables compte tenu du mandat que la Loi confère au Barreau. Une telle suspension, qui se rapporte au manquement aux normes et qui ne constitue ni une punition ni une remise en question de la compétence professionnelle de l'avocat visé, est un moyen raisonnable et efficace d'assurer l'uniformité des services juridiques à l'échelle de la province et de garantir que même les avocats qui n'ont aucune envie de respecter les normes en matière de formation s'y conformeront. Exercer la profession d'avocat n'est ni un droit issu de la common law ni un droit de propriété, mais plutôt un droit prévu par la Loi qui est tributaire des principes énoncés dans la Loi et les Règles.

En outre, l'infliction d'une suspension aux membres sans audience et sans droit d'appel en cas de manquement aux règles de PPP n'est pas déraisonnable compte tenu des pouvoirs que la Loi confère au Barreau. En fait, elle concorde parfaitement avec l'obligation du Barreau d'établir et de faire appliquer des normes de formation. La suspension qui fait l'objet du présent litige est de nature administrative, et il est raisonnable que les règles contestées ne prévoient ni le droit à une audience ni un droit d'appel parce que les avocats sont les seuls responsables de se conformer aux règles, au moment qui leur convient. Seuls les membres peuvent mettre fin à la

are not self-applying. In addition to a lawyer's common law procedural rights, the rules permitting a suspension expressly vest the chief executive officer of the Law Society with discretion to ensure that the effect of the Rules is not overly harsh. A lawyer's failure to comply with the impugned educational rules, even after having been warned and given an opportunity to seek an extension, provides clear justification for the Law Society to impose a temporary suspension.

*Per Abella and Côté JJ. (dissenting):* The issue in this appeal is *not* whether the Law Society can impose a suspension for failing to complete the 12 annual hours of mandatory education courses, but whether it can impose an *automatic* one.

A law society can only enact rules that are consistent with the purposes, scope and objectives of its enabling statute, and its authority to do so must be exercised in a reasonable manner. However, the fact that deference is owed does not mean that a law society has *carte blanche*; there are several grounds for finding delegated legislation to be unreasonable, such as where it is manifestly unjust.

In Manitoba, the Law Society's purpose is to "uphold and protect the public interest in the delivery of legal services with competence, integrity and independence". Those are the core values of a lawyer's professionalism. Protecting the public interest necessarily involves not only ensuring that a lawyer delivers legal services in accordance with those core values, but also protecting the public's *perception* in the professionalism of the delivery. While the primary goal of the Law Society is the protection of the public interest, it cannot do so without also protecting the ability of its members to practise law professionally. A law society must, as a result, exercise its mandate in a way that not only protects the ability of lawyers to act professionally, but that also reinforces the public's perception that lawyers are *behaving* professionally. The flip side is that a law society cannot enact rules which unreasonably undermine public confidence in lawyers.

In this case, the Law Society's rule that members who fail to complete 12 mandatory hours of continuing professional development activities in a calendar year are

suspension en se conformant aux exigences. En outre, les règles qui autorisent l'infliction d'une suspension ne s'appliquent pas automatiquement. En effet, en plus des garanties procédurales de common law dont jouit un avocat, les règles qui prévoient la suspension attribuent expressément au directeur général du Barreau le pouvoir discrétionnaire de s'assurer que les Règles ne soient pas trop sévères. L'omission d'un avocat de se conformer aux règles contestées relatives à la formation, même après avoir été avisé et s'être vu offrir l'occasion de demander une prorogation de délai, justifie clairement que le Barreau inflige une suspension temporaire.

*Les juges Abella et Côté (dissidentes) :* La question en litige dans le présent pourvoi n'est *pas* celle de savoir si la Société du Barreau peut suspendre le droit d'exercice d'un avocat pour un manquement à l'obligation de suivre les 12 heures annuelles de formation permanente obligatoire, mais bien celle de savoir si elle peut infliger une suspension *automatique*.

Un barreau ne peut adopter que des règles conformes à l'objet, au champ d'application et aux objectifs de sa loi habilitante et ce pouvoir doit être exercé de manière raisonnable. Cela dit, le fait qu'il faille faire preuve de retenue ne signifie pas qu'un barreau a carte blanche; il existe plusieurs fondements pour conclure au caractère déraisonnable de la législation déléguée, comme lorsqu'elle est manifestement injuste.

Au Manitoba, la Société du Barreau a pour objet « de défendre et de protéger l'intérêt public relativement à la prestation de services juridiques d'une manière compétente, intègre et indépendante ». Il s'agit là des valeurs fondamentales du professionnalisme de l'avocat. La protection de l'intérêt public emporte non seulement l'obligation de veiller à ce que les avocats fournissent des services juridiques conformément à ces valeurs, mais également celle de protéger la *perception* de professionnalisme de ces services au sein du public. Bien que l'objectif premier d'un barreau soit la protection de l'intérêt public, il ne saurait réaliser cet objectif sans protéger également la capacité de ses membres à exercer le droit de manière professionnelle. En conséquence, les barreaux doivent s'acquitter de leur mandat d'une manière qui non seulement protège la capacité des avocats d'agir de façon professionnelle, mais qui renforce aussi, au sein du public, la perception que les avocats *se comportent* de telle façon. Corollairement, cela signifie que les barreaux ne peuvent adopter des règles qui érodent de manière déraisonnable la confiance du public envers les avocats.

En l'espèce, la règle de la Société du Barreau portant que les membres qui omettent de compléter les 12 heures de perfectionnement professionnel permanent obligatoire

automatically suspended is unreasonable, because it is inconsistent with the Law Society's mandate to protect the public's confidence in the legal profession. When a lawyer is suspended, so is public confidence in him or her. That is why the Law Society takes such care in its investigation of complaints regarding professional misconduct or incompetence — it helps ensure that a suspension is imposed only after at least some minimal procedural protections have been provided, and then only after a range of lesser penalties has been considered. When a suspension is the result of such a process, the loss of public confidence is warranted. Where, however, a suspension is imposed automatically for the *least* serious disciplinary breach possible — failing to attend 12 hours of classes — the Law Society is in breach of its duty to protect the public from the needless erosion of trust in the professionalism of lawyers.

The economic costs of the suspension are manifest, as are the reputational ones, especially since the rules require the chief executive officer to notify every member of the Law Society and each of the chief justices of the courts in Manitoba of the name of a member who is suspended. This is the only competence matter regulated by the Law Society that has no procedural protections, no range of remedies, and no discretionary leeway on the part of the chief executive officer, and it alone attracts an automatic suspension, regardless of justificatory circumstances. This makes it arbitrary. The absence of discretion, procedural fairness or remedial options stands in stark contrast to other provisions of the Act or Rules furthering the Law Society's mandate to establish standards for the competence of lawyers. It also stands in stark contrast to the regulations, policies and by-laws of the continuing professional development requirements of most other Canadian provinces and territories.

The lack of discretion in this case is fatal. A rule that leads to an *automatic* suspension for failing to attend 12 hours of continuing professional development is so far removed from ensuring the public's confidence in lawyers that it is manifestly unjust, and therefore, unreasonable.

au cours d'une année civile sont automatiquement suspendus est déraisonnable parce qu'elle est incompatible avec le mandat qui a été confié à la Société du Barreau, à savoir protéger la confiance du public envers la profession juridique. Lorsqu'un avocat est suspendu, la confiance du public à son endroit l'est également. C'est la raison pour laquelle la Société du Barreau enquête avec autant de soin sur les plaintes concernant une faute professionnelle ou une allégation d'incompétence, veillant ainsi à n'imposer une suspension qu'après avoir accordé certaines garanties procédurales minimales, et après avoir envisagé des sanctions moins sévères. Lorsqu'une suspension est infligée au terme d'un tel processus, la perte de confiance du public en résultant est alors justifiée. Cependant, lorsqu'une suspension est imposée automatiquement à l'égard de l'infraction la *moins* grave qui soit — le défaut de suivre les 12 heures d'activités de formation — la Société du Barreau contrevient à son obligation de protéger la confiance du public envers le professionnalisme des avocats contre une érosion inutile.

Les incidences financières de la suspension sont évidentes. Il en est de même des incidences sur la réputation, compte tenu particulièrement du fait que le directeur général doit aviser les membres de la Société du Barreau, ainsi que les juges en chef des tribunaux au Manitoba, du nom du membre qui a été suspendu. Il s'agit de la seule question liée à la compétence des membres et régie par la Société du Barreau qui n'est assortie d'aucune garantie procédurale et d'aucun recours pour le membre, et d'aucune latitude en faveur du directeur général, et lui seul entraîne une suspension automatique, sans égard à l'existence ou non de circonstances susceptibles de le justifier. Ces facteurs rendent la suspension arbitraire. L'absence de pouvoir discrétionnaire, de mesures d'équité procédurale et de mesures réparatrices contraste nettement avec les mesures prévues par d'autres dispositions de la Loi ou des Règles qui tendent à la réalisation du mandat de la Société du Barreau pour établir les normes de compétence pour les avocats. Elle contraste aussi nettement avec les exigences des règlements et des politiques de formation professionnelle obligatoire de la plupart des autres provinces et territoires du Canada.

L'absence d'un pouvoir discrétionnaire en l'espèce est fatale. Une règle qui entraîne la suspension *automatique* du permis d'exercice d'un avocat parce qu'il n'a pas suivi 12 heures de perfectionnement professionnel permanent est si loin de garantir la confiance du public envers les avocats qu'elle est manifestement injuste, et donc déraisonnable.

## Cases Cited

By Wagner J.

**Applied:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; **referred to:** *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP*, 2013 SCC 39, [2013] 2 S.C.R. 649; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Culligan v. Miller, J.* (1996), 178 N.B.R. (2d) 321; *Shewchuk-Dann v. Assn. of Social Workers (Alberta)* (1996), 38 Admin. L.R. (2d) 19; *Laferrière v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 612; *Irwin v. Alberta Veterinary Medical Association*, 2015 ABCA 396, 609 A.R. 299; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91.

By Abella J. (dissenting)

*Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Waddell v. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266; *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Pett v. Greyhound Racing Assn., Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 545; *Joplin v. Chief Constable of the City of Vancouver* (1982), 144 D.L.R. (3d) 285;

## Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

**Arrêts appliqués :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; **arrêts mentionnés :** *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, 2013 CSC 39, [2013] 2 R.C.S. 649; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Culligan c. Miller, J.* (1996), 178 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 321; *Shewchuk-Dann c. Assn. of Social Workers (Alberta)* (1996), 38 Admin. L.R. (2d) 19; *Laferrière c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 612; *Irwin c. Alberta Veterinary Medical Association*, 2015 ABCA 396, 609 A.R. 299; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Waddell c. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266; *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Canada (Procureur général) c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Pett c. Greyhound Racing Assn., Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 545; *Joplin c. Chief Constable of the City of Vancouver* (1982), 144 D.L.R.

*Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105.

### Statutes and Regulations Cited

*By-Law 6.1 — Continuing Professional Development* [made under the *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8], s. 2(4).

*Interpretation Act*, C.C.S.M., c. I80, ss. 6, 32(1).

*Law Society Rules 2015* [made under the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9], rr. 3-29(1), (5), 3-32.

*Legal Profession Act*, C.C.S.M., c. L107, ss. 3, 4(1), (2), (5), (6), 5, 12(2), 19(5), 43(c)(ii), 65, 68(b), (c), 72, 75(1), 76(1)(a)(i).

*Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, CQLR, c. B-1, r. 12, ss. 15 to 17.

*Regulations* [made under the *Legal Profession Act*, S.N.S. 2004, c. 28], r. 8.3.9.

*Rules of the Law Society of Manitoba* [made under the *Legal Profession Act*, C.C.S.M., c. L107], rr. 2-81.1(1), (6), (8), (9), (12), (13), 2-81.2(3), 2-88, 2-91, 2-97, 5-47(10), 5-64(2), (3), 5-65(1), 5-66, 5-72(1), (4), 5-74(1), 5-81(2), 5-96(2).

*Rules of the Law Society of Yukon* [made under the *Legal Profession Act*, R.S.Y. 2002, c. 134], r. 95.3(5).

*Rules on Mandatory Continuing Professional Development* [made under the *Law Society Act*, 1996, S.N.B. 1996, c. 89], ss. 7(1) to (3), 8(1), (2).

### Authors Cited

Barreau du Québec. *Guide sur les dispenses de l'obligation de formation continue*, édité en mars 2015, p. 10 (online: <http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/guides-fco/fco-guide-dispenses.pdf>; archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC20\\_1\\_fra.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC20_1_fra.pdf)).

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated December 2016, release 4).

Huscroft, Grant. "From Natural Justice to Fairness: Thresholds, Content, and the Role of Judicial Review", in Flood, Colleen M., and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 147.

Law Society of Saskatchewan. *Continuing Professional Development Policy*, revised September 15, 2016, sections 16, 18, and 19 (online: <https://www.lawsociety.sk.ca/media/61741/policy.pdf>; archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC20\\_2\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC20_2_eng.pdf)).

(3d) 285; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105.

### Lois et règlements cités

*Law Society Rules 2015* [prises en vertu de la *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9], règles 3-29(1), (5), 3-32. *Loi d'interprétation*, C.P.L.M., c. I80, art. 6, 32(1).

*Loi sur la profession d'avocat*, C.P.L.M., c. L107, art. 3, 4(1), (2), (5), (6), 5, 12(2), 19(5), 43c(ii), 65, 68b), c), 72, 75(1), 76(1)a)(i).

*Règlement administratif n° 6.1 — Formation professionnelle continue* [pris en vertu de la *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, c. L.8], art. 2(4).

*Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 12, art. 15 à 17.

*Règles de la Société du Barreau du Manitoba* [prises en vertu de la *Loi sur la profession d'avocat*, C.P.L.M., c. L107], règles 2-81.1(1), (6), (8), (9), (12), (13), 2-81.2(3), 2-88, 2-91, 2-97, 5-47(10), 5-64(2), (3), 5-65(1), 5-66, 5-72(1), (4), 5-74(1), 5-81(2), 5-96(2).

*Règles du Barreau du Yukon* [prises en vertu de la *Loi sur la profession d'avocat*, L.R.Y. 2002, c. 134], règle 95.3(5).

*Règles sur la formation professionnelle continue obligatoire* [prises en vertu de la *Loi de 1996 sur le Barreau*, L.N.-B. 1996, c. 89], art. 7(1) à (3), 8(1), (2).

*Regulations* [pris en vertu de la *Legal Profession Act*, S.N.S. 2004, c. 28], règle 8.3.9.

### Doctrine et autres documents cités

Barreau du Québec. *Guide sur les dispenses de l'obligation de formation continue*, édité en mars 2015, p. 10 (en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/guides-fco/fco-guide-dispenses.pdf>; version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC20\\_1\\_fra.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC20_1_fra.pdf)).

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated December 2016, release 4).

Huscroft, Grant, « From Natural Justice to Fairness : Thresholds, Content, and the Role of Judicial Review », in Flood, Colleen M., and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed., Toronto, Emond Montgomery, 2013, 147.

Law Society of Saskatchewan. *Continuing Professional Development Policy*, revised September 15, 2016, sections 16, 18, and 19 (en ligne : <https://www.lawsociety.sk.ca/media/61741/policy.pdf>; version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC20\\_2\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC20_2_eng.pdf)).

MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Monnin, Cameron and Mainella JJ.A.), 2015 MBCA 67, 319 Man. R. (2d) 189, 638 W.A.C. 189, 75 C.P.C. (7th) 73, 386 D.L.R. (4th) 511, [2015] 10 W.W.R. 239, [2015] M.J. No. 175 (QL), 2015 CarswellMan 332 (WL Can.), affirming a decision of Rempel J., 2014 MBQB 249, 313 Man. R. (2d) 19, 66 C.P.C. (7th) 430, [2015] 5 W.W.R. 769, [2014] M.J. No. 350 (QL), 2014 CarswellMan 760 (WL Can.). Appeal dismissed, Abella and Côté JJ. dissenting.

*Charles R. Huband and Kevin T. Williams*, for the appellant.

*Rocky Kravetsky and Jeffrey W. Beedell*, for the respondent.

*Neil Finkelstein and Brandon Kain*, for the intervenor.

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

WAGNER J. —

## I. Introduction

[1] A lawyer’s professional education is a lifelong process. Legislation is amended, the common law evolves, and practice standards change as a result of technological advances and other developments. Lawyers must be vigilant in order to update their knowledge, strengthen their skills, and ensure that they adhere to accepted ethical and professional standards in their practices.

[2] This appeal concerns a basic component of a lawyer’s education: continuing professional development (“CPD”). At issue is whether The Law Society

MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline*, 5th ed., Toronto, Carswell, 2009.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Monnin, Cameron et Mainella), 2015 MBCA 67, 319 Man. R. (2d) 189, 638 W.A.C. 189, 75 C.P.C. (7th) 73, 386 D.L.R. (4th) 511, [2015] 10 W.W.R. 239, [2015] M.J. No. 175 (QL), 2015 CarswellMan 332 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Rempel, 2014 MBQB 249, 313 Man. R. (2d) 19, 66 C.P.C. (7th) 430, [2015] 5 W.W.R. 769, [2014] M.J. No. 350 (QL), 2014 CarswellMan 760 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Abella et Côté sont dissidentes.

*Charles R. Huband et Kevin T. Williams*, pour l’appelant.

*Rocky Kravetsky et Jeffrey W. Beedell*, pour l’intimée.

*Neil Finkelstein et Brandon Kain*, pour l’intervenante.

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

LE JUGE WAGNER —

## I. Introduction

[1] La formation professionnelle des avocats est un processus continu. Les lois sont modifiées, la common law évolue et les normes de pratique changent en raison des progrès de la technologie et d’autres facteurs. Les avocats doivent veiller à tenir leurs connaissances à jour et à renforcer leurs compétences, et ils doivent s’assurer que l’exercice de leur profession est toujours respectueux des normes déontologiques et professionnelles.

[2] Ce pourvoi porte sur un élément fondamental de la formation continue des avocats, soit le perfectionnement professionnel permanent (« PPP »). La

of Manitoba (“Law Society”) can impose rules that couple a mandatory CPD program with a possible suspension for failing to meet the program’s requirements.

[3] I agree with the courts below that the Law Society has the authority to do so. The Law Society is required by statute to protect members of the public who seek to obtain legal services by establishing and enforcing educational standards for practising lawyers. CPD programs serve this public interest and enhance confidence in the legal profession by requiring lawyers to participate, on an ongoing basis, in activities that enhance their skills, integrity and professionalism. CPD programs have in fact become an essential aspect of professional education in Canada. Most law societies across the country have implemented compulsory CPD programs.

[4] But educational standards can ensure consistency of legal service only if lawyers adhere to them. If a lawyer fails to complete the required hours of training (“CPD hours”) even after having been warned, temporarily suspending him or her until those hours are completed is a reasonable way to ensure compliance. This suspension is administrative, not punitive, in nature.

[5] The appeal should be dismissed. The impugned rules with respect to CPD are reasonable in light of the importance of CPD programs and the Law Society’s broad rule-making authority over the maintenance of educational standards.

## II. Facts

[6] The appellant, Mr. Sidney Green, was called to the Bar of Manitoba in 1955. He has been a practising lawyer and member of the Law Society for

question à trancher est celle de savoir si La Société du Barreau du Manitoba (« Barreau ») peut imposer des règles selon lesquelles le manquement par un avocat aux exigences d’un programme de PPP obligatoire est susceptible d’entraîner la suspension de son droit de pratique.

[3] À l’instar des tribunaux d’instances inférieures, je suis d’avis que le Barreau possède un tel pouvoir. En effet, il est légalement tenu de protéger les membres du public qui souhaitent obtenir des services juridiques en établissant des normes de formation pour les avocats en exercice et en les faisant respecter. Les programmes de PPP servent cet intérêt public et permettent d’accroître la confiance du public envers la profession juridique en exigeant que les avocats participent, de façon continue, à des activités qui rehaussent leurs compétences, leur intégrité et leur professionnalisme. Les programmes de PPP sont de fait devenus un aspect essentiel de la formation professionnelle au Canada et la plupart des barreaux canadiens ont d’ailleurs mis en œuvre des programmes obligatoires de PPP.

[4] Cela dit, les normes de formation ne peuvent assurer l’excellence des services juridiques que si les membres du Barreau s’y conforment. Si un avocat omet de compléter le nombre d’heures de formation requis (« heures de PPP »), même après avoir été averti de son manquement, sa suspension temporaire jusqu’à ce qu’il les ait respectées est une façon raisonnable d’en assurer la conformité. Cette suspension est de nature administrative, et non punitive.

[5] Ce pourvoi doit être rejeté. Les règles contestées relatives au PPP sont raisonnables compte tenu de l’importance des programmes de PPP et du vaste pouvoir du Barreau d’adopter des règles pour établir des normes de formation.

## II. Faits

[6] L’appelant, M. Sidney Green, a été admis au barreau du Manitoba en 1955. Il exerce sa profession et est membre du Barreau depuis plus de



over 60 years. Mr. Green has served as a benchers of the Law Society<sup>1</sup> and has also participated and lectured in many CPD activities. He has no discipline record and does not face any disciplinary charges.

[7] In this case, Mr. Green is challenging the provisions of the *Rules of the Law Society of Manitoba* (“Rules”) that make its CPD program mandatory. Manitoba’s program has not always been mandatory. In 2007, as a first step, the benchers approved rules requiring that all lawyers report their CPD hours. The Law Society collected and studied the CPD hours reported by its members over a two-year period. Many members had reported completing no CPD activities or less than one hour of such activities per month. Subsequently, the Law Society’s Admissions and Education Committee (“Committee”) recommended that the benchers move to a mandatory CPD program. At about the same time, the Chief Executive Officer (“CEO”) of the Law Society wrote a memorandum to the benchers in which he indicated that voluntary CPD was not working.

[8] From late March 2010 to May 2011, the benchers considered making the CPD program mandatory, consulting the members on that subject. Over that period, the benchers and the Committee each met several times and received a variety of comments and other input. Mr. Green made no submissions to the benchers on the proposed CPD requirements even though the Law Society had invited its members to do so.

[9] The benchers subsequently approved mandatory CPD and amended the Rules to require all practising lawyers to complete CPD hours (one hour per month of practice for a total of 12 hours a year). Failing to comply with this requirement may lead to the suspension of a lawyer’s licence to practise. The Rules specifically provide:

<sup>1</sup> The benchers are a body of elected members and appointed persons who govern the Law Society: *The Legal Profession Act*, C.C.S.M., c. L107, ss. 4(1) and 5.

60 ans. Il a déjà été conseiller du Barreau<sup>1</sup>; il a aussi participé à de nombreux programmes de PPP et y a prononcé des conférences. Il n’a aucun dossier disciplinaire, et ne fait face à aucune accusation d’infraction disciplinaire.

[7] En l’espèce, M. Green conteste les *Règles de la Société du Barreau du Manitoba* (« Règles ») qui rendent le programme de PPP obligatoire. Ce programme n’a pas toujours été obligatoire au Manitoba. D’abord, en 2007, les conseillers ont approuvé des règles selon lesquelles tous les avocats devaient obligatoirement déclarer les heures qu’ils avaient consacrées au PPP. Le Barreau a colligé et évalué ces déclarations sur une période de deux ans. Bon nombre de membres ont déclaré n’avoir participé à aucune activité de perfectionnement professionnel, ou d’y avoir consacré moins d’une heure par mois. Ensuite, le Comité des admissions et de la formation professionnelle du Barreau (« Comité ») a recommandé que les conseillers adoptent un programme de PPP obligatoire. À cette époque, le directeur général du Barreau a également avisé les conseillers que le PPP volontaire ne fonctionnait pas.

[8] De la fin mars 2010 à mai 2011, tout en consultant les membres, les conseillers ont examiné l’opportunité de rendre le programme de PPP obligatoire. Au cours de cette période, ces derniers et les membres du Comité se sont chacun réunis à plusieurs reprises et ont reçu divers commentaires et suggestions. En aucun temps M. Green n’a-t-il présenté d’observation aux conseillers concernant les exigences de PPP proposées, bien que le Barreau ait invité ses membres à le faire.

[9] Par la suite, les conseillers ont approuvé les exigences du PPP obligatoire et ont modifié les Règles afin qu’elles exigent que tous les avocats en exercice participent à ces activités de formation permanente (à raison d’une heure par mois d’exercice, soit un total de 12 heures par année). Le manquement à ces exigences peut entraîner la suspension du permis d’exercice de l’avocat. Le texte des règles se lit ainsi :

<sup>1</sup> Les conseillers sont des membres du Barreau qui ont été élus ou nommés pour le régir : *Loi sur la profession d’avocat*, C.P.L.M., c. L107, par. 4(1) et art. 5.

**2-81.1(8)** Commencing January 1, 2012, and subject to subsection (10), a practising lawyer must complete one hour of eligible activities for each month or part of a month in a calendar year during which the lawyer maintained active practising status. . . .

**2-81.1(12)** Where a practising lawyer fails to comply with subsection (8), the chief executive officer may send a letter to the lawyer advising that he or she must comply with the requirements within 60 days from the date the letter is sent. A member who fails to comply within 60 days is automatically suspended from practising law until such time as the requirements have been met and a reinstatement fee paid.

**2-81.1(13)** Where a member is suspended more than once for failing to comply with subsection (8), the chief executive officer may also refer the matter to the complaints investigation committee for its consideration.

[10] Despite these mandatory rules, Mr. Green did not report any CPD activities for 2012 or 2013. On May 30, 2014, over a year after Mr. Green had first failed to report the completion of any CPD hours, the CEO of the Law Society sent Mr. Green a letter notifying him that if he did not comply with the Rules within 60 days, he would be suspended from practising law. The CEO also invited Mr. Green to correct any errors in his self-reported CPD record and informed him that it was possible for the 60 days he had to complete his hours to be extended.

[11] Mr. Green did not reply to the letter, nor did he apply for judicial review of the decision to suspend him. Rather, he applied for declaratory relief on June 25, 2014, challenging the validity of certain provisions of the Rules with respect to CPD (“impugned rules”). Although the Law Society subsequently suspended Mr. Green’s practising certificate effective July 30, 2014, it has agreed not to enforce the suspension until after the litigation has been resolved.

**2-81.1(8)** À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012 et sous réserve du paragraphe (10), les avocats en exercice sont tenus d’effectuer une heure d’activités admissibles par mois ou partie de mois de l’année civile au cours de laquelle ils exercent activement le droit. . . .

**2-81.1(12)** Le directeur général peut aviser par écrit l’avocat en exercice qui ne s’est pas conformé au paragraphe (8) qu’il est tenu de le faire avant l’expiration d’un délai de 60 jours à compter de l’envoi de l’avis. L’avocat qui ne se conforme pas à ce paragraphe avant l’expiration du délai est automatiquement suspendu et ne peut exercer le droit avant de s’être conformé à ce paragraphe et d’avoir versé les droits de réinscription.

**2-81.1(13)** Le directeur général peut renvoyer au comité d’enquête sur les plaintes le cas de l’avocat qui est suspendu plusieurs fois pour défaut d’observation du paragraphe (8).

[10] Malgré ces règles obligatoires, M. Green n’a déclaré aucune activité de PPP pour les années 2012 et 2013. Le 30 mai 2014, soit plus d’un an après que ce dernier a fait défaut de déclarer des heures de PPP, le directeur général du Barreau lui a envoyé une lettre qui l’avisait que, s’il ne se conformait pas aux Règles dans un délai de 60 jours, son permis d’exercice serait suspendu. Le directeur général a aussi invité M. Green à corriger toute erreur dans son rapport de déclaration de PPP et lui a offert de prolonger le délai de 60 jours dont il disposait pour s’acquitter de ses obligations de formation.

[11] Monsieur Green n’a pas répondu à la lettre et n’a pas non plus sollicité le contrôle judiciaire de la décision de le suspendre. Il a plutôt présenté une demande de jugement déclaratoire le 25 juin 2014, par laquelle il a contesté la validité des règles de PPP (« règles contestées »). Bien que le Barreau ait suspendu le certificat d’exercice de M. Green à partir du 30 juillet 2014, il a accepté de ne pas donner effet à la suspension tant que ce litige ne serait pas réglé.

### III. Decisions Below

#### A. *Manitoba Court of Queen's Bench, 2014 MBQB 249, 313 Man. R. (2d) 19*

[12] The application judge dismissed Mr. Green's application, concluding that the impugned rules fall squarely within the Law Society's legislative mandate under *The Legal Profession Act*, C.C.S.M., c. L107 ("Act"). The Law Society is required to "establish standards for the education, professional responsibility and competence" of lawyers (s. 3(2)). As a result, the impugned rules are consistent with the Law Society's broad power under s. 4(5) of the Act to make rules it deems advisable in order to pursue its statutory purpose and uphold the public interest.

[13] The application judge also dismissed arguments raised by Mr. Green with respect to natural justice and procedural fairness.

#### B. *Manitoba Court of Appeal, 2015 MBCA 67, 319 Man. R. (2d) 189*

[14] The Court of Appeal dismissed the appeal for reasons similar to those of the application judge. It noted that the Law Society's constituent Act is a public interest statute designed to protect members of the public who seek to obtain legal services and concluded that the Law Society's rule-making power must be given a broad and liberal interpretation in order to achieve that objective.

[15] Mr. Green conceded in the Court of Appeal that the Law Society has the power to make rules to set up a CPD program. The court held that the Law Society also has the power to make such a program mandatory and to establish consequences under s. 65 of the Act for failing to comply with the program.

[16] Further, the Court of Appeal found that the suspension of a lawyer for failing to complete his or her CPD hours is an administrative decision that

### III. Décisions des juridictions d'instances inférieures

#### A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba, 2014 MBQB 249, 313 Man. R. (2d) 19*

[12] Le juge de première instance a rejeté la demande de M. Green, concluant que les règles relatives au PPP relèvent nettement du mandat que la *Loi sur la profession d'avocat*, C.P.L.M., c. L107 (« Loi »), confère au Barreau. Celui-ci est tenu d'« établi[r] des normes régissant la formation, la responsabilité professionnelle et la compétence » des avocats : par. 3(2). Les règles contestées sont donc conformes au large pouvoir que le par. 4(5) de la Loi confère au Barreau pour adopter les règles qu'elle juge souhaitables pour s'acquitter du mandat que lui confère la loi et pour protéger l'intérêt public.

[13] Le juge de première instance a également rejeté les arguments soulevés par l'appelant portant sur la justice naturelle et sur l'équité procédurale.

#### B. *Cour d'appel du Manitoba, 2015 MBCA 67, 319 Man. R. (2d) 189*

[14] La Cour d'appel a rejeté l'appel pour des motifs semblables à ceux énoncés par le juge de première instance. Elle a souligné que la loi qui régit le Barreau est une loi d'intérêt public conçue pour protéger les membres du public qui veulent obtenir des services juridiques. Elle a donc conclu que, pour lui permettre d'atteindre cet objectif, il faut donner une interprétation large et libérale au pouvoir de réglementation du Barreau.

[15] L'appelant a reconnu en Cour d'appel que le Barreau a le pouvoir d'adopter des règles pour mettre sur pied un programme de PPP. La Cour d'appel a conclu que le Barreau a également le pouvoir de rendre ce programme obligatoire et, en vertu de l'art. 65 de la Loi, d'établir des sanctions en cas de manquement à l'égard du programme en question.

[16] De plus, la Cour d'appel a conclu que la suspension d'un avocat parce qu'il n'a pas effectué ses heures de PPP est de nature administrative et ne

does not require implementation of the more extensive procedures that apply where a lawyer has been charged with professional misconduct or incompetence (as set out in s. 72 of the Act).

#### IV. Issues

[17] This case raises two questions: (1) What standard of review applies to a question regarding the validity of rules made by a law society? (2) Having regard to the appropriate standard of review, are the impugned rules valid in light of the Law Society's mandate under the Act?

#### V. Analysis

[18] Mr. Green has challenged the impugned rules because he has no interest in complying with them. Since these rules came into force in 2012, Mr. Green has not reported completing any CPD hours. He argues that the impugned rules are unfair because they impose a suspension without a right to a hearing or a right of appeal. Yet Mr. Green has not applied for judicial review of the Law Society's decision to suspend him. He has not complained that the Law Society treated him unfairly. Mr. Green is challenging these rules on these procedural grounds, not for fear of injustice. He is simply not interested in attending a mandated number of CPD activities.

[19] Despite these motivations for Mr. Green's challenge to the impugned rules, this Court must now determine whether those rules fall outside the Law Society's statutory mandate. The Court has never addressed the appropriate standard of review to be applied when considering the validity of rules made by a law society. The standard of review framework from *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, applies in this case because it is applicable to "all exercises of public authority" and to "those who exercise statutory powers": para. 28; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 53.

nécessite pas la mise en œuvre de mesures plus poussées applicables dans une instance contre un avocat pour faute professionnelle ou incompétence — décrites à l'art. 72 de la Loi.

#### IV. Questions en litige

[17] Ce pourvoi soulève deux questions : (1) quelle norme de contrôle s'applique à la question de la validité des règles adoptées par un barreau, et (2) à la lumière de la norme de contrôle applicable, les règles contestées sont-elles valides compte tenu des pouvoirs du Barreau définis par la Loi?

#### V. Analyse

[18] Monsieur Green a contesté les règles relatives au PPP parce qu'il n'est absolument pas intéressé à s'y conformer. Depuis l'entrée en vigueur de ces règles en 2012, il n'a déclaré aucune heure de PPP. Il soutient que les règles relatives à ce programme de formation sont injustes parce qu'elles prévoient l'infliction d'une suspension, sans audience et sans droit d'appel. Monsieur Green n'a cependant pas sollicité de contrôle judiciaire de la décision du Barreau de le suspendre. Il ne s'est pas plaint non plus que le Barreau l'avait traité de façon injuste. Il conteste plutôt les règles en cause en se fondant sur ces motifs d'ordre procédural, non pas par crainte d'une injustice, mais tout simplement parce qu'il n'est pas intéressé à assister au nombre requis d'heures de PPP.

[19] En dépit des motivations pour lesquelles M. Green conteste les règles de PPP, la Cour doit maintenant déterminer si celles-ci relèvent du mandat légal du Barreau. La Cour ne s'est jamais penchée sur la question de déterminer quelle est la norme de contrôle appropriée devant être appliquée dans le cas de l'examen de la validité des règles adoptées par un barreau. Le cadre relatif à la norme de contrôle judiciaire énoncé dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, s'applique en l'espèce parce qu'il est applicable à « tout exercice de l'autorité publique » et à « [ceux qui exercent des] pouvoirs légaux » : par. 28; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 53.

A. *Standard of Review Is Reasonableness*

[20] In my view, the standard applicable to the review of a law society rule is reasonableness. A law society rule will be set aside only if the rule “is one no reasonable body informed by [the relevant] factors could have [enacted]”: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 24. This means “that the substance of [law society rules] must conform to the rationale of the statutory regime set up by the legislature”: *Catalyst Paper*, at para. 25; see also *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810, at para. 25.

[21] Rules made by law societies are akin to by-laws passed by municipal councils. McLachlin C.J. explained the rationale for this standard of review in *Catalyst Paper*:

... review of municipal bylaws must reflect the broad discretion provincial legislators have traditionally accorded to municipalities engaged in delegated legislation. Municipal councillors passing bylaws fulfill a task that affects their community as a whole and is legislative rather than adjudicative in nature. Bylaws are not quasi-judicial decisions. Rather, they involve an array of social, economic, political and other non-legal considerations. [para. 19]

[22] Similar considerations are relevant in the context of rules made by a law society. In the case at bar, the legislature specifically gave the Law Society a broad discretion to regulate the legal profession on the basis of a number of policy considerations related to the public interest. The Act empowers the benchers of the Law Society to make rules of general application to the profession, and in doing so, the benchers act in a legislative capacity.

[23] Further, reasonableness is the appropriate standard because many of the benchers of the Law Society are elected by and accountable to members

A. *La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable*

[20] À mon avis, la norme de contrôle applicable à l'examen d'une règle d'un barreau est celle de la décision raisonnable. Une règle du Barreau ne sera annulée que « s'il s'agit d'un[e] règl[e] qui n'aurait pu être adopté[e] par un organisme raisonnable tenant compte [des] facteurs [pertinents] » : *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 24. Cela signifie que « la teneur » des Règles du Barreau « doit être conforme à la raison d'être du régime mis sur pied par la législature » : par. 25; voir également *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810, par. 25.

[21] Les règles adoptées par les barreaux sont semblables aux règlements adoptés par les conseils municipaux. La juge en chef McLachlin a expliqué la raison d'être de cette norme de contrôle dans l'arrêt *Catalyst Paper* :

... la révision des règlements municipaux doit refléter le large pouvoir discrétionnaire que les législateurs provinciaux ont traditionnellement conféré aux municipalités en matière de législation déléguée. Les conseillers municipaux qui adoptent des règlements accomplissent une tâche qui a des répercussions sur l'ensemble de leur collectivité et qui est de nature législative plutôt qu'adjudicative. Les règlements municipaux ne sont pas des décisions quasi judiciaires. Ils font plutôt intervenir toute une gamme de considérations non juridiques, notamment sur les plans social, économique et politique. [par. 19]

[22] Des considérations similaires sont de mise dans le contexte de règles adoptées par un barreau. Dans le cas qui nous occupe, le législateur a expressément accordé au Barreau un large pouvoir discrétionnaire pour régler la profession d'avocat en fonction de plusieurs considérations de principe dans l'intérêt public. La Loi habilite les conseillers du Barreau à adopter des règles qui s'appliquent de façon générale à la profession et, à ce titre, les conseillers agissent en qualité de législateurs.

[23] La norme de la décision raisonnable convient bien parce que les conseillers du Barreau sont nombreux à être élus par les membres de la profession

of the legal profession. While it is true that the public does not directly vote for the benchers, the rules the benchers make apply only to members of the profession. Thus, McLachlin C.J.'s comments in *Catalyst Paper* in the context of municipal bylaws are apt here as well: "... reasonableness means courts must respect the responsibility of elected representatives to serve the people who elected them and to whom they are ultimately accountable" (para. 19).

[24] Beyond the specific guidance provided in *Catalyst Paper*, which I find applicable in the instant case, the general principles developed by the Court in respect of the standard of review also support the argument that reasonableness is the appropriate standard. The Law Society acted pursuant to its home statute in making the impugned rules, and in such a case there is a presumption that the appropriate standard is reasonableness: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paras. 34 and 39. The Law Society must therefore be afforded considerable latitude in making rules based on its interpretation of the "public interest" in the context of its enabling statute: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paras. 50 and 87.

[25] Additionally, the Law Society has expertise in regulating the legal profession "at an institutional level": *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at para. 33. This Court has previously recognized that self-governing professional bodies have particular expertise when it comes to deciding on the policies and procedures that govern the practice of their professions: *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 887.

juridique et à devoir leur rendre des comptes. S'il est vrai que les membres du public n'élisent pas directement les conseillers, les Règles adoptées par ces derniers ne s'appliquent qu'aux membres de la profession. En conséquence, les commentaires que la juge en chef McLachlin a formulés dans l'arrêt *Catalyst Paper* sur les règlements municipaux sont également pertinents en l'espèce : « ... la norme de la décision raisonnable signifie que les tribunaux doivent respecter le devoir qui incombe aux représentants élus de servir leurs concitoyens, qui les ont élus et devant qui ils sont ultimement responsables » : par. 19.

[24] En plus de l'enseignement spécifique fourni dans *Catalyst Paper* — qui selon moi s'applique à la présente affaire —, les principes généraux établis par la Cour sur la norme de contrôle favorisent également l'application de celle de la décision raisonnable. Le Barreau a agi conformément à sa loi constitutive lorsqu'il a adopté les règles contestées, ce qui entraîne une présomption d'assujettissement à la norme de la décision raisonnable : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34 et 39. Dans le cas qui nous occupe, le Barreau doit donc jouir d'une vaste latitude pour adopter des règles fondées sur son interprétation de « l'intérêt public » aux termes de sa loi habilitante : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 50 et 87.

[25] De plus, le Barreau a l'expertise voulue pour réglementer la profession juridique « sur le plan institutionnel » : *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 33. La Cour a déjà reconnu l'expertise particulière d'organismes professionnels autonomes pour prescrire les politiques et procédures qui régissent l'exercice d'une profession en particulier : *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 887.

B. *Are the Impugned Rules Reasonable in Light of the Law Society's Mandate Under the Act?*

[26] To determine whether the impugned rules are reasonable, I am adopting a two-step approach. First, I will construe the scope of the Law Society's statutory mandate in accordance with this Court's modern principle of statutory interpretation: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. Second, I will address whether, in light of this mandate, the impugned rules are unreasonable because they expose a lawyer to a suspension in the event of non-compliance and unreasonable having regard to their procedural protections.

(1) Statutory Mandate

[27] The purpose, words, and scheme of the Act support an expansive construction of the Law Society's rule-making authority.

(a) *Object of the Act*

[28] I will begin with the object of the Act. The legislature has given the Law Society a broad public interest mandate and broad regulatory powers to accomplish its mandate. This mandate must be interpreted using a broad and purposive approach: *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, at paras. 6-8; *The Interpretation Act*, C.C.S.M., c. I80, s. 6.

[29] First of all, the Act contains an expansive purpose clause that obligates the Law Society to act in the public interest: "The purpose of the society is to uphold and protect the public interest in the delivery of legal services with competence, integrity and independence" (s. 3(1)). The meaning of "public interest" in the context of the Act is for the Law Society to determine. In pursuing this purpose, the Law Society *must* "(a) establish standards for the education . . . of persons practising or seeking the right to practise law in Manitoba; and (b) regulate the practice of law in Manitoba" (s. 3(2)).

B. *Les règles contestées sont-elles raisonnables compte tenu du mandat que la Loi confère au Barreau?*

[26] Pour décider si les règles contestées sont raisonnables, je vais adopter une approche en deux étapes. Tout d'abord, je vais interpréter la portée du mandat légal confié au Barreau, et ce, conformément au principe moderne d'interprétation des lois adopté par la Cour : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Ensuite, j'examinerai si, à la lumière de ce mandat, les règles contestées sont déraisonnables parce qu'elles exposent les avocats à une suspension en cas de manquement aux Règles et eu égard aux protections procédurales qu'elles procurent.

(1) Le mandat légal

[27] L'objet, le libellé et l'économie de la Loi militent en faveur d'une interprétation généreuse du pouvoir du Barreau d'adopter des règles.

a) *Objet de la Loi*

[28] Je commence mon analyse avec l'examen de l'objet de la Loi. Le législateur a confié au Barreau un large mandat d'intérêt public accompagné de vastes pouvoirs réglementaires pour accomplir ce mandat. Ce dernier doit être interprété de façon large et compatible avec l'objet de la Loi : *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, par. 6-8; *Loi d'interprétation*, C.P.L.M., c. I80, art. 6.

[29] D'abord, la Loi contient une disposition détaillée exposant son objet, qui oblige le Barreau à agir dans l'intérêt public : « La Société a pour objet de défendre et de protéger l'intérêt public relativement à la prestation de services juridiques d'une manière compétente, intègre et indépendante » : par. 3(1). Il revient au Barreau de définir le sens de l'expression « intérêt public » qui figure dans cette disposition. Dans la poursuite de cet objet, le Barreau *doit* : « a) établi[r] des normes régissant la formation [. . .] des personnes qui exercent ou veulent exercer le droit dans la province; [et] b) réglemente[r] l'exercice du droit dans la province » : par. 3(2).

[30] Moreover, the independence the legislature has given the Law Society under the Act is evidence of an intention to give the Law Society all necessary powers to regulate its members. As this Court once wrote, Manitoba’s legal profession “is self-governing in virtually every aspect”: *Pearlman*, at p. 886.

[31] Finally, construing the Law Society’s rule-making authority broadly is consistent with the approach taken by the Court in previous cases. For example, Iacobucci J. wrote in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, that “[t]he Law Society is clearly intended to be the primary body that articulates and enforces professional standards among its members” (para. 40). Further, McLachlin C.J. wrote in *Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP*, 2013 SCC 39, [2013] 2 S.C.R. 649, that “[t]he purpose of law society regulation is to establish general rules applicable to all members to ensure ethical conduct, protect the public and discipline lawyers who breach the rules — in short, the good governance of the profession” (para. 15). These expansive assertions are indicative of the breadth of the Law Society’s regulatory authority.

(b) *The Words in Their Ordinary and Grammatical Sense*

[32] The wording of the Act is also indicative of the breadth of the Law Society’s authority and its rule-making power. The Act imposes on the benchers a duty to “establish standards for the education . . . of persons practising . . . law” in Manitoba (s. 3(2)(a)). Sections 4(5) and 4(6) of the Act vest the Law Society with an open-ended rule-making authority to ensure that it can achieve this and its other public interest objectives. Section 4(5) provides that, “[i]n addition to any specific power or requirement to make rules”, the benchers may make rules to “pursue [the Law Society’s] purpose and carry out its duties”. Therefore, in addition to the powers already identified in the Act, the benchers can make rules furthering the Law Society’s purpose and

[30] De plus, l’indépendance que le législateur accorde au Barreau démontre son intention de donner à celui-ci tous les pouvoirs nécessaires pour qu’il régie la conduite de ses membres. Comme la Cour l’a déjà écrit, la profession d’avocat au Manitoba « est [. . .] autonome à presque tous les points de vue » : *Pearlman*, p. 886.

[31] Enfin, l’interprétation large du pouvoir de réglementation du Barreau est conforme à l’approche adoptée par la Cour dans des décisions antérieures. À titre d’exemple, selon le juge Iacobucci dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247 : « Il est clairement entendu que le Barreau est l’organisme chargé au premier titre d’établir les normes professionnelles et de les faire appliquer par ses membres » : par. 40. De plus, la juge en chef McLachlin a écrit dans *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, 2013 CSC 39, [2013] 2 R.C.S. 649, que « [l]es règles du barreau se veulent des règles générales applicables à tous les membres pour assurer l’éthique professionnelle, protéger le public et imposer des sanctions disciplinaires aux avocats qui enfreignent les règles — bref, ces règles assurent le bon encadrement de la profession » : par. 15. Ces affirmations générales témoignent du vaste pouvoir de réglementation du Barreau.

b) *Le sens grammatical ordinaire des mots*

[32] Le libellé de la Loi indique également la portée de l’autorité du Barreau et de son pouvoir de réglementation. La Loi impose aux conseillers l’obligation d’« établi[r] des normes régissant la formation [. . .] des personnes qui exercent ou veulent exercer le droit » au Manitoba : par. 3(2)a). Compte tenu de cette obligation, ses par. 4(5) et 4(6) investissent le Barreau d’un pouvoir de réglementation non limitatif afin que celui-ci puisse atteindre cet objectif ainsi que ses autres objectifs d’intérêt public. Le paragraphe 4(5) indique qu’« [e]n plus de pouvoir ou de devoir prendre des règles à des fins déterminées », les conseillers peuvent adopter des règles pour « poursuivre son objet et exercer ses fonctions ». En plus des pouvoirs déjà énoncés dans la Loi, les conseillers



duties. Section 4(6) provides that the rules made by the benchers are binding on all Law Society members.

[33] More explicitly, the Act provides that the benchers may “establish and maintain, or otherwise support, a system of legal education, including . . . a continuing legal education program” (s. 43(c)(ii)).

[34] Regarding a possible suspension, s. 65 specifically empowers the Law Society “to establish consequences for contravening this Act or the rules”. This language could hardly be clearer — the Law Society can establish consequences, such as a suspension, for failing to meet the educational standards it is statutorily required to put in place.

[35] Mr. Green relies on the “implied exclusion rule” of statutory interpretation to argue that a suspension cannot be imposed under the Act. In his opinion, because the Act specifically empowers the Law Society to impose a “suspension” in four specific situations but not in the CPD context, the legislature intended to exclude a suspension as a consequence in any situation other than those in which it is mentioned.

[36] This argument is flawed for two reasons. First, it disregards the proper approach to assessing the legality of the impugned rules. What the Court must do is to determine not whether the Act specifically refers to this power, but whether the impugned rules are reasonable in light of the Law Society’s statutory mandate.

[37] Second, Mr. Green’s argument is inconsistent with this Court’s purposive approach to statutory interpretation. An argument based on implied exclusion is purely textual in nature and cannot be the sole basis for interpreting a statute: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 256-57. The words of the statute must be considered in conjunction with its purpose and its scheme. In my view, the purpose of the Act supplements the

ont donc le pouvoir d’adopter des règles pour favoriser la réalisation de l’objet et des obligations du Barreau. Le paragraphe 4(6) confère aux Règles établies par les conseillers un caractère obligatoire pour tous les membres du Barreau.

[33] Plus précisément, la Loi prévoit que les conseillers peuvent « créer et maintenir ou soutenir d’une autre façon un système de formation juridique, y compris [. . .] un programme de formation juridique permanente » : sous-al. 43c(ii).

[34] En ce qui concerne une possible suspension, l’art. 65 habilite expressément le Barreau à « fixer les sanctions qu’entraînent les contraventions à la présente loi ou aux règles ». Cette formulation ne saurait être plus claire — le Barreau peut fixer des sanctions, comme la suspension, en cas de manquement aux normes de formation que la Loi lui prescrit d’adopter.

[35] L’appelant invoque en outre la règle d’interprétation des lois relative à « l’exclusion implicite » pour soutenir qu’une suspension ne peut être infligée en vertu de la Loi. Puisque cette dernière habilite expressément le Barreau à infliger une « suspension » dans quatre cas précis, mais pas dans le contexte du PPP, l’appelant soutient que le législateur voulait délibérément exclure la suspension des sanctions applicables à un cas autre que ceux mentionnés.

[36] Cet argument est mal fondé pour deux raisons. D’abord, il ne tient pas compte de la démarche d’évaluation appropriée de la légalité des règles contestées. La Cour n’est pas appelée à décider si la Loi énonce expressément ce pouvoir, mais plutôt à déterminer si les règles contestées sont raisonnables compte tenu du mandat prévu par la Loi.

[37] Ensuite, la thèse de l’appelant est incompatible avec la méthode d’interprétation téléologique mise de l’avant par la Cour. Les arguments portant sur l’exclusion implicite sont simplement des arguments de texte, et ne peuvent fonder à eux seuls l’interprétation d’une loi : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 256-257. Le libellé de la loi doit être considéré parallèlement à son objet et à son économie. À mon avis, l’objet de

open-ended wording of the relevant provisions to indicate that the implied exclusion rule should not be applied in this case.

(c) *Scheme of the Act*

[38] The scheme of the Act further undermines Mr. Green's position. It must be borne in mind that the Act does not require the Law Society to set up a CPD program. Rather, it provides that the benchers "may" establish and maintain such a program (s. 43(c)(ii)). It would be pointless for the legislature to establish consequences for failing to comply with a program that the Law Society is not even required to set up.

[39] While it is true that there are only four provisions of the Act that mention "suspension" as a potential consequence, each of them is responsive to a mandatory rule or procedure that is in fact provided for in the Act. A suspension for failing to pay fees is responsive to the obligation that members pay fees (s. 19(5)). A suspension imposed by the Complaints Investigation Committee is responsive to that committee's obligation to investigate complaints (s. 68(c)). A suspension imposed by the Discipline Committee is responsive to that committee's obligation to conduct disciplinary proceedings (s. 72(1) and (2)). The Act requires the payment of fees and the establishment of the committees in question and then establishes powers and consequences that are incidental to them.

[40] In contrast, the Law Society is not required to set up a CPD program (s. 43(c)(ii)). If the legislature had explicitly set out the possible consequences for failing to comply with CPD requirements, but the Law Society never imposed any such requirements, the provisions setting out these consequences would be superfluous. The legislature does not enact unnecessary provisions.

[41] In my view, the Act's express references to "suspension" are not indicative of an intention to restrict suspensions to specific circumstances. Rather, these references show that where the legislature intended to confer disciplinary powers on a

la Loi ajoute à la formulation non limitative des dispositions pertinentes pour conclure que la règle de l'exclusion implicite ne devrait pas être appliquée en l'espèce.

c) *Économie de la Loi*

[38] L'économie de la Loi fragilise davantage la position de l'appelant. Il faut se rappeler que la Loi n'exige pas que le Barreau mette sur pied un programme de PPP; elle prévoit seulement qu'un tel programme « peut » être établi et maintenu par le Barreau : sous-al. 43c)(ii). Il serait donc absurde que le législateur établisse des sanctions en cas de non-conformité à un programme que le Barreau n'est même pas tenu de mettre sur pied.

[39] S'il est vrai que seulement quatre dispositions dans la Loi prévoient que la « suspension » peut constituer une sanction, chacune de ces dispositions est le pendant de règles et procédures obligatoires qui sont déjà établies par la Loi. La suspension en cas de défaut de paiement des droits correspond à l'obligation des membres de payer ces droits : par. 19(5). La suspension infligée par le Comité d'enquête sur les plaintes correspond à l'obligation du comité d'examiner les plaintes : al. 68c). La suspension infligée par le Comité de discipline correspond à son obligation d'instruire la procédure disciplinaire : par. 72(1) et (2). La Loi exige le paiement de droits et la création de ces comités, elle énonce donc ensuite les conséquences et les pouvoirs connexes à ces exigences.

[40] En revanche, le Barreau n'est pas tenu d'établir un programme de PPP : sous-al. 43c)(ii). Si le législateur avait indiqué expressément les sanctions auxquelles ferait face un avocat qui ne respecte pas les exigences de PPP, mais que le Barreau n'avait jamais fait respecter de telles exigences, ces sanctions seraient superflues. Or, le législateur n'adopte pas de dispositions inutiles.

[41] À mon avis, les renvois précis à une « suspension » dans la Loi ne traduisent pas l'intention du législateur de limiter l'application de cette sanction à certaines circonstances. Ils démontrent plutôt que lorsque le législateur a voulu prévoir les pouvoirs

committee or specify the consequences for a breach of a legislated requirement, it did so expressly. Otherwise, the legislature gave the Law Society the discretion, in exercising its general rule-making authority, to establish consequences for contravening the Rules. This is clear from the broad scope of the authority to make rules and establish consequences that is provided for in ss. 4(5) and 65.

[42] In any event, since the Law Society has the power to create a CPD scheme, it necessarily has the power to enforce the scheme's standards. Given the breadth of the statutory authority, the Act must be construed such that the powers it confers "include not only those expressly granted but also, by implication, all powers which are practically necessary for the accomplishment of the object intended to be secured by the statutory regime created by the legislature": *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 51. This is consistent with s. 32(1) of *The Interpretation Act*, which provides that "[t]he power to do a thing or to require or enforce the doing of a thing includes all necessary incidental powers."

(2) Is It Reasonable for the Rules to Expose a Lawyer to a Suspension as a Consequence for Non-compliance With the CPD Program?

[43] Having construed the Act, I will now turn to the reasonableness of the impugned rules. Mr. Green conceded in the Court of Appeal that the Law Society has authority to make rules to establish a CPD program. And he further conceded in this Court, contrary to his position in the courts below, that the Law Society can make that program mandatory. The question that remains is whether the impugned rules are unreasonable because they permit the imposition of a suspension on a lawyer for failing to comply with the mandatory program.

[44] In my view, the Act provides clear authority for the Law Society to create a CPD program that

disciplinaires d'un comité ou les sanctions en cas de manquement à une exigence imposée par la Loi, il l'a fait de façon expresse. Autrement, le législateur laisse le Barreau décider, en vertu de son pouvoir général de réglementation, s'il prévoit des sanctions en cas de violation des Règles qu'il a adoptées. La portée du pouvoir d'adoption de règlements et d'établissement de sanctions décrite au par. 4(5) et à l'art. 65 l'indique également.

[42] Quoi qu'il en soit, puisque le Barreau a le pouvoir de créer un régime de PPP, elle a nécessairement le pouvoir d'en imposer l'application. Étant donné la portée de son libellé, la Loi doit être interprétée de telle sorte que « sont compris dans les pouvoirs conférés par la loi habilitante non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif » : *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 51. Ce principe est compatible avec la *Loi d'interprétation* qui prévoit que « [l]e pouvoir de prendre une mesure ou de la faire exécuter comporte les pouvoirs connexes qui sont nécessaires » : par. 32(1).

(2) Est-il raisonnable que les Règles exposent un avocat à une suspension parce qu'il ne s'est pas conformé au programme de PPP?

[43] Après avoir interprété la Loi, je me penche maintenant sur le caractère raisonnable des règles contestées. Monsieur Green a admis en Cour d'appel que le Barreau a le pouvoir d'adopter des règles pour établir un programme de PPP. Contrairement à sa position devant les juridictions d'instances inférieures, M. Green a aussi admis devant la Cour que le Barreau peut rendre le programme de PPP obligatoire. Il reste donc à déterminer si les règles contestées sont déraisonnables parce qu'elles permettent l'infliction d'une suspension à un avocat qui ne s'est pas conformé au programme de PPP obligatoire.

[44] À mon avis, la Loi confère clairement au Barreau le pouvoir de créer un programme de PPP

can be enforced by means of a suspension. Specifically, ss. 3, 4(5), 4(6), 43(c)(ii) and 65, as interpreted in relation to the Act's public interest purpose, provide statutory authority for the impugned rules. The overall purpose of the Act, the words used in it and the scheme of the Act show that the impugned rules are reasonable in light of the Law Society's statutory mandate.

[45] The establishment of mandatory standards such as those provided for in the impugned rules is compatible with the Law Society's purpose and duties as set out in s. 3 of the Act. I agree with the Court of Appeal that "[t]o set such a [mandatory] standard in order to maintain a practicing certificate which, in the benchers' view, serves to protect the public, is in keeping with the duties given to the Law Society under the Act" (para. 17 (emphasis deleted)).

[46] To ensure that those standards have an effect, the Law Society must establish consequences for those who fail to adhere to them. As a practical matter, an unenforced educational standard is not a standard at all, but is merely aspirational.

[47] A suspension is a reasonable way to ensure that lawyers comply with the CPD program's educational requirements. Its purpose relates to compliance, not to punishment or professional competence. Other consequences, such as fines, may not ensure that the Law Society's members comply with those requirements. An educational program that one can opt out of by paying a fine is not genuinely universal. I am mindful of the fact that in making these mandatory rules, the Law Society was responding to the reality that many lawyers in Manitoba had not complied with the CPD program when it was voluntary.

dont le non-respect peut entraîner une suspension. Plus particulièrement, l'art. 3, les par. 4(5) et 4(6), le sous-al. 43c)(ii) et l'art. 65, interprétés à la lumière de l'objectif d'intérêt public de la loi, confèrent le pouvoir d'adopter les règles contestées relatives au PPP. L'objectif général de la Loi, son libellé et son économie démontrent que les règles contestées sont raisonnables compte tenu du mandat que la loi confère au Barreau.

[45] La mise en œuvre de normes obligatoires comme celles établies par les règles contestées est conforme à l'objet et aux fonctions du Barreau énoncés à l'art. 3 de la Loi. Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel, selon laquelle [TRADUCTION] « [L]e fait que le Barreau établisse une telle norme à laquelle les avocats doivent se conformer pour conserver leur certificat d'exercice lequel sert, de l'avis des conseillers, à protéger le public, s'inscrit dans les fonctions qui lui sont confiées par la Loi » : par. 17 (italiques omis).

[46] Pour que ces normes aient un effet, le Barreau doit établir des sanctions auxquelles s'exposent les avocats qui y contreviennent. D'un point de vue pratique, une norme de formation dont l'application n'est pas contrôlée n'est pas du tout une norme, elle n'est qu'un vœu pieux.

[47] La suspension est un moyen raisonnable par lequel le Barreau peut faire en sorte que les avocats respectent les exigences de PPP. Cette suspension se rapporte au manquement aux normes; il ne s'agit ni d'une punition ni d'une remise en question de la compétence professionnelle de l'avocat visé. J'estime par ailleurs que d'autres conséquences, comme une amende, ne seraient peut-être pas suffisantes pour faire en sorte que les membres du Barreau se conforment aux exigences en matière de formation puisqu'un programme duquel on peut se soustraire en payant une amende n'a pas véritablement d'application universelle. Pour conclure de la sorte, je tiens compte du fait qu'en adoptant ces règles obligatoires, le Barreau agissait en réaction à l'habitude de certains avocats de ne pas se conformer aux normes en matière de PPP lorsqu'elles n'avaient pas de caractère contraignant.

[48] To ensure consistency of legal service across the province, the possibility of a suspension effectively guarantees that even lawyers who are not interested in meeting the educational standards will comply. Mr. Green submits that, in his opinion, the CPD activities that were made available to him would not have been helpful to him in his practice. But it is not up to Mr. Green to decide whether CPD activities are valuable or adequate. The legislature has decided that the Law Society must impose educational standards on practising lawyers (s. 3(2)) and that it is for the Law Society to determine the nature of those standards.

[49] Mr. Green also argues that the impugned rules exposing a lawyer to a suspension are unreasonable because his “common law right” to practise law cannot be taken away absent clear legislative language. This argument is unpersuasive. The right to practise law is not a common law right or a property right, but a statutory right that depends on the principles set out in the Act and the rules made by the Law Society. As this Court has stated, “the Law Society has total control over who can practise law in the province, over the conditions or requirements placed upon those who practise and, perhaps most importantly, over the means of enforcing respect for those conditions or requirements”: *Pearlman*, at p. 886. The Law Society has not interfered with Mr. Green’s rights. It is merely doing what the statute requires it to do: regulate the education of lawyers in the public interest.

[50] In light of the relevant provisions of the Act and practical concerns related to enforcing educational standards, the provisions of the rules establishing a mandatory CPD program that permit the suspension of a lawyer as a consequence for contravening those rules are not unreasonable.

[48] Afin d’assurer l’uniformité des services juridiques à l’échelle de la province, la possibilité d’une suspension garantit de façon efficace que même les avocats qui n’ont aucune envie de respecter les normes en matière de formation s’y conformeront. À preuve, M. Green a soutenu que, à son avis, les activités de PPP qui lui étaient offertes ne lui auraient été d’aucune utilité dans le cadre de sa pratique. Or, ce n’est pas à M. Green de décider si le PPP est utile ou adéquat. Le législateur a décidé que le Barreau doit imposer des normes pour régir la formation de tous ceux qui exercent le droit (par. 3(2)), et qu’il appartient à ce dernier de déterminer la nature de ces normes.

[49] Monsieur Green soutient également que les règles contestées qui exposent un avocat à une suspension sont déraisonnables parce que son [TRADUCTION] « droit issu de la common law » d’exercer la profession d’avocat ne peut lui être enlevé en l’absence d’un texte législatif clair. Cet argument ne me convainc pas. Le droit d’exercer la profession d’avocat n’est ni issu de la common law ni un droit de propriété, mais plutôt un droit conféré par la loi qui est tributaire des principes énoncés dans la Loi et des Règles adoptées par le Barreau. Comme la Cour l’a déjà conclu, « la Société du Barreau a les pleins pouvoirs pour déterminer les personnes qui peuvent exercer le droit dans la province, les conditions ou exigences qui leur sont imposées et, ce qui est peut-être le plus important, les moyens de faire respecter ces conditions ou exigences » : *Pearlman*, p. 886. Le Barreau n’a pas porté atteinte aux droits de l’appelant. Il fait seulement ce que la loi exige qu’il fasse, soit réglementer la formation des avocats dans l’intérêt public.

[50] À la lumière des dispositions pertinentes de la Loi et des préoccupations pratiques relatives à l’application des normes de formation, les règles créant un programme de PPP obligatoire qui permettent la suspension d’un avocat en cas de manquement à celles-ci ne sont pas déraisonnables.

(3) Is It Reasonable for the Rules to Expose a Lawyer to a Suspension Without a Right to a Hearing or a Right of Appeal?

[51] Mr. Green also challenges the impugned rules from the standpoint of procedural fairness. He argues that the rules in question are invalid because they provide for the suspension of a member without a right to a hearing or a right of appeal. In my view, this challenge to the rules is inappropriate in the context of an application for declaratory relief. The common law duty of procedural fairness applies only to a specific decision made by the Law Society that affects a lawyer's interests. Given that Mr. Green has not applied for judicial review of the decision to suspend him, all he can do is allege that the impugned rules are not reasonable given the Law Society's authority under the Act.

[52] In light of the administrative nature of the suspension and the discretion the CEO has under the Rules when imposing a suspension, I conclude that the fact that the impugned rules do not provide for a right to a hearing or a right of appeal does not make them unreasonable.

(a) *Rules Are Not Exhaustive of Common Law Procedural Rights*

[53] The common law duty of procedural fairness does not reside in a set of enacted rules. As Brown and Evans explain, “delegated legislation that apparently permits a fundamental breach of the duty of fairness will not normally be found to be exhaustive of procedural rights”: *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at topic 7:1512. A statutory decision-maker can always provide for procedures in addition to those set out in a rule in order to ensure that the dictates of procedural fairness are met: see *Culligan v. Miller, J.* (1996), 178 N.B.R. (2d) 321 (Q.B.), at paras. 23-24; *Shewchuk-Dann v. Assn. of Social Workers (Alberta)* (1996), 38 Admin. L.R. (2d) 19 (C.A.); *Laferrrière v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 612, at paras. 13-14 (CanLII); *Irwin v. Alberta Veterinary Medical Association*, 2015 ABCA 396, 609 A.R. 299, at paras. 58 and 63. However, the common law duty of fairness “supplements existing statutory duties and fills the gap” where procedures are not provided for explicitly: G. Huscroft, “From

(3) Est-il raisonnable que les Règles prévoient la possibilité d'une suspension d'un avocat sans audience et sans droit d'appel?

[51] L'appelant met également en doute l'équité procédurale des règles contestées. En effet, il soutient que ces règles sont invalides parce qu'elles ne prévoient ni audience ni droit d'appel pour le membre avant sa suspension. À mon avis, cette contestation des règles n'est pas appropriée dans le contexte d'une demande de jugement déclaratoire. L'équité procédurale en common law ne s'applique que lorsque le Barreau prend une décision précise qui touche les intérêts d'une personne. Puisqu'il n'a pas sollicité le contrôle judiciaire de sa suspension, M. Green ne peut que faire valoir que les règles contestées sont déraisonnables compte tenu du pouvoir que la Loi confère au Barreau.

[52] Étant donné la nature administrative de la suspension et du pouvoir discrétionnaire conféré au directeur général par des règles lorsqu'il inflige une suspension, je conclus que les règles contestées ne sont pas déraisonnables pour le seul motif qu'elles ne prévoient ni audience ni droit d'appel.

a) *Les Règles n'englobent pas toutes les garanties procédurales prévues en common law*

[53] L'équité procédurale en common law ne réside pas dans un ensemble de règles adoptées. Comme l'expliquent Brown et Evans, la [TRADUCTION] « législation déléguée qui semble permettre une violation fondamentale de l'obligation d'équité ne sera normalement pas considérée comme englobant tous les droits procéduraux » : *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), rubrique 7:1512. Un organisme décisionnel établi par la loi peut toujours prévoir des procédures s'ajoutant à celles énoncées dans une règle afin de s'assurer que les principes de l'équité procédurale sont respectés : voir *Culligan c. Miller, J.* (1996), 178 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 321 (B.R.), par. 23-24; *Shewchuk-Dann c. Assn. of Social Workers (Alberta)* (1996), 38 Admin. L.R. (2d) 19 (C.A.); *Laferrrière c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 612, par. 13-14 (CanLII); *Irwin c. Alberta Veterinary Medical Association*, 2015 ABCA 396, 609 A.R. 299, par. 58 et 63. Toutefois, l'obligation d'équité issue de la common law [TRADUCTION]

Natural Justice to Fairness: Thresholds, Content, and the Role of Judicial Review”, in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2nd ed. 2013), 147, at p. 152.

[54] Had Mr. Green challenged the Law Society’s decision to suspend him instead of simply challenging the impugned rules, this Court could have examined the specific procedure that the Law Society followed in making its decision. If the Law Society’s decision was made in a manner that was not procedurally fair, the decision would then have been quashed. But the duty of fairness is engaged only if the Law Society makes a decision that affects the “rights, privileges or interests of an individual” by, for example, imposing a suspension, not when it acts in a legislative capacity to make rules of general application in the public interest: *Dunsmuir*, at para. 79; see also *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 669.

[55] In framing his challenge to the Rules in this way, Mr. Green wrongly assumes that the Law Society will not take its duty of procedural fairness seriously and provide for an appropriate procedure that is responsive to the particular facts and the reasonable expectations of the parties. The benchers can delegate authority to the CEO to provide for additional procedures if the circumstances of a particular case justify protections broader than those set out in the Rules. The Act authorizes the benchers to “take any action consistent with [the] Act that they consider necessary for the promotion, protection, interest or welfare of the society” and to delegate that authority to the CEO (ss. 4(2) and 12(2)).

[56] Moreover, whether a decision is procedurally fair must be determined on a case-by-case basis. This Court has long recognized that the requirements of the duty of fairness are “eminently variable and [that] its content is to be decided in the specific context of each case”: *Dunsmuir*, at para. 79, quoting *Knight*, at

« complète les obligations existantes imposées par la loi et comble les lacunes » lorsque les procédures ne sont pas expressément prévues : G. Huscroft, « From Natural Justice to Fairness : Thresholds, Content, and the Role of Judicial Review », dans C. M. Flood et L. Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2<sup>e</sup> éd. 2013), 147, p. 152.

[54] Si l’appelant avait contesté la décision prise par le Barreau de le suspendre plutôt que contesté les règles de PPP, la Cour aurait pu examiner le processus précis que le Barreau a suivi pour prendre sa décision. Si le Barreau avait pris une décision qui n’était pas équitable sur le plan procédural, celle-ci aurait été annulée. Mais l’obligation d’équité ne s’applique que lorsque le Barreau prend une décision qui touche « les droits, les privilèges ou les biens d’une personne », comme lorsqu’elle inflige une suspension, et non lorsqu’il agit en qualité de législateur et qu’il adopte des règles d’application générale dans l’intérêt public : *Dunsmuir*, par. 79; voir également *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 669.

[55] En circonscrivant sa contestation des Règles comme il l’a fait, M. Green présume, à tort, que le Barreau ne prend pas au sérieux ses obligations d’équité procédurale et qu’il ne prévoit pas de processus approprié adapté aux faits propres à l’affaire et aux attentes raisonnables des parties en cause. Les conseillers peuvent déléguer au directeur général le pouvoir de prévoir un processus supplémentaire si les circonstances dans une situation donnée justifient des protections qui s’ajoutent à celles prévues par les Règles. La Loi autorise les conseillers à, d’une part, « prendre les mesures qu’ils estiment nécessaires à son avancement, à sa protection, à ses intérêts ou à son bien-être, pour autant que ces mesures soient compatibles avec la présente loi » et à, d’autre part, déléguer ce pouvoir au directeur général : par. 4(2) et 12(2).

[56] De plus, l’évaluation du caractère équitable d’une décision sur le plan procédural doit se faire au cas par cas. La Cour reconnaît depuis longtemps que les exigences de l’obligation d’équité sont « éminemment variable[s] et [leur] contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas » : *Dunsmuir*,

p. 682, *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 21, and *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249, at paras. 74-75; see also *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, at para. 42. Absent an application for judicial review, it would be unwise for this Court to express an opinion on what procedure the Law Society might follow in making such a decision.

[57] Although the Law Society's decision to suspend Mr. Green was not challenged, it shows why procedural fairness cannot be assessed in a factual vacuum. In his letter to Mr. Green, the CEO invited Mr. Green to correct any errors in his CPD report and wrote that the Law Society would "be happy to grant reasonable extensions" to enable him to complete the missing hours. However, the CEO has no such powers under the Rules. Rather, his power is limited to extending the time for members to report their CPD activities or file their annual reports (rr. 2-81.1(6) and 2-81.2(3)). The CEO was thus willing to adopt a more generous procedure in Mr. Green's case than the one provided for in the Rules by inviting Mr. Green to respond and by offering to consider a request for an extension.

- (b) *The Rules Imposing an Administrative Suspension Without a Right to a Hearing or a Right of Appeal Are Reasonable*

[58] Given that Mr. Green did not contest the Law Society's decision, his procedural arguments are merely another way to challenge the validity of the impugned rules. In my view, imposing an administrative suspension on members for failing to comply with the impugned rules without giving such members a right to a hearing or a right of appeal is not unreasonable in light of the Law Society's statutory powers — in fact, it is entirely consistent with the Law Society's duty to establish and enforce educational standards.

par. 79, citant *Knight*, p. 682, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21, et *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249, par. 74-75; voir également *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, par. 42. En l'absence de contrôle judiciaire, il serait malavisé que la Cour se prononce sur le processus que le Barreau pourrait suivre dans le cadre de la prise de décision concernant un avocat.

[57] Bien que la décision prise par le Barreau de suspendre M. Green n'ait pas été contestée, elle démontre pourquoi l'équité procédurale ne peut être évaluée en l'absence de fondement factuel. Dans sa lettre à M. Green, le directeur général l'a invité à corriger toute erreur dans son dossier d'heures rapportées de PPP et a écrit que le Barreau pourrait [TRADUCTION] « volontiers lui accorder une extension raisonnable » afin qu'il puisse effectuer les heures manquantes. Or, le directeur général n'a pas ce pouvoir en vertu des Règles. Il est seulement habilité à proroger le délai de déclaration des activités de PPP des membres ou le délai de dépôt de leur rapport annuel : par. 2-81.1(6) et 2-81.2(3) des Règles. Le directeur général était donc prêt à offrir à M. Green un processus prolongé par rapport à ce que les Règles prescrivent en l'invitant à répondre à la lettre et en envisageant cette prorogation.

- b) *Les règles imposant une suspension administrative sans audience et sans droit d'appel sont raisonnables*

[58] Puisque M. Green n'a pas contesté la décision du Barreau, ses arguments procéduraux ne sont autre chose qu'une autre façon d'attaquer la validité des règles de PPP. À mon avis, l'infliction d'une suspension administrative aux membres sans audience et sans droit d'appel en cas de manquement aux règles de PPP n'est pas déraisonnable compte tenu des pouvoirs que la Loi confère au Barreau — en fait, elle concorde parfaitement avec l'obligation du Barreau d'établir et de faire appliquer des normes de formation.



[59] It must be borne in mind that the suspension at issue in this case is not a disciplinary action. The educational standards in respect of CPD, as defined by the Rules, do not relate solely to the competence of lawyers. While they may improve the currency of a lawyer's knowledge, these standards also protect the public interest by enhancing the integrity and professional responsibility of lawyers, and by promoting public confidence in the profession (r. 2-81.1(1)). A reasonable member of the public would understand that a temporary suspension for failing to complete CPD hours is not akin to a more serious disciplinary suspension. A lawyer's competence in handling a case, to give one example, is not affected by a failure to comply with the CPD requirements.

[60] That is why a failure to comply with the impugned rules is not on its own a ground for a finding of misconduct or incompetence. This is evidenced by the Rules themselves — the CEO can refer a failure to comply with r. 2-81.1(8) (which requires members to complete one hour of CPD activities per month) to the Law Society's complaints investigation committee, but only if the member in question has been suspended under that rule more than once (r. 2-81.1(13)).

[61] Moreover, a suspension under the impugned rules is reported and recorded differently than other Law Society suspensions. The Law Society is not required in such a case to give the same notice of a suspension to the public and the profession as it must give where a suspension is imposed by the complaints investigation committee (r. 5-81(2)). Nor is a suspension under the impugned rules recorded in a lawyer's discipline record.

[62] The suspension of a lawyer for failing to complete the CPD requirements is administrative in nature. The impugned rules reasonably include no right to a hearing or right of appeal because lawyers are solely in control of complying with the rules in question at their leisure. Members report on their

[59] Il est important de réaliser que la suspension qui fait l'objet du présent litige ne constitue pas une mesure disciplinaire. Les normes de PPP, telles qu'elles sont définies par les Règles, ne concernent pas uniquement la compétence des avocats. Certes, elles peuvent contribuer à mettre à jour leurs connaissances, mais elles protègent également l'intérêt public en renforçant l'intégrité et la responsabilité professionnelle des avocats et en favorisant la confiance du public envers la profession : par. 2-81.1(1) des Règles. Un membre raisonnable du public comprend qu'une suspension temporaire pour défaut d'avoir complété les heures de PPP n'est pas de la même nature qu'une suspension disciplinaire plus sérieuse. La compétence d'un avocat dans le traitement d'un dossier, par exemple, n'est pas en cause s'il ne respecte pas les exigences de PPP.

[60] C'est pourquoi le simple défaut de respecter les règles contestées ne justifie pas une conclusion d'inconduite ou d'incompétence, comme en font foi les Règles elles-mêmes — le directeur général peut renvoyer le défaut d'observation du par. 2-81.1(8) des Règles (qui exige des membres qu'ils suivent une heure de PPP par mois) au comité d'enquête sur les plaintes du Barreau, mais seulement si un membre a été suspendu en application des Règles plus d'une fois : par. 2-81.1(13) des Règles.

[61] De plus, une ordonnance de suspension prononcée en application des règles contestées est publiée et archivée différemment des autres suspensions infligées par le Barreau. En effet, ce dernier n'est pas tenu de communiquer au public et aux membres de la profession le même avis de la suspension obligatoire en application des règles de PPP, que celui pour une suspension infligée par le comité d'enquête sur les plaintes : par. 5-81(2) des Règles. En outre, la suspension fondée sur les règles de PPP n'est pas inscrite au dossier disciplinaire de l'avocat.

[62] La suspension d'un avocat pour manquement aux exigences de PPP est de nature administrative. Il est raisonnable que les règles de PPP ne prévoient ni le droit à une audience ni un droit d'appel parce que les avocats sont les seuls responsables de se conformer aux règles, au moment qui leur convient.

own compliance with the impugned rules — no adjudication is needed in order to determine whether a member has failed to meet the requirements. A suspension under the impugned rules ends immediately when the member comes into compliance with them. There is no residual punishment or fine other than a reinstatement fee. Thus, this suspension is similar to the one that may be imposed on a member for failing to pay fees (s. 19(5), rr. 2-88 and 2-91) or failing to file an annual trust account report (r. 5-47(10)). In both cases, the Act and the Rules reasonably grant no right to a hearing or right of appeal because only the member can end the suspension by complying with the requirements.

[63] It must be remembered that Mr. Green has admitted his disinterest in complying with a mandatory CPD program. Thus, even if the Rules did provide for more extensive procedures before a suspension could be imposed, such additional procedures would not exempt a person in Mr. Green's position from the CPD program.

[64] Further, the rules permitting a suspension are not self-applying. In addition to a lawyer's common law procedural rights, the impugned rules expressly vest the CEO of the Law Society with discretion to ensure that the effect of the Rules in any given situation is not overly harsh. A suspension is not automatically imposed when a lawyer fails to complete the necessary hours. Rather, the CEO "may" send a letter to a member advising that he or she must comply with the CPD requirements. If a letter is sent, the lawyer has 60 days to comply with the Rules. The Rules also do not prevent the CEO from withdrawing a letter during this 60-day period if circumstances justify such a withdrawal.

[65] In this case, the CEO exercised his discretion: rather than sending a letter immediately upon learning of Mr. Green's non-compliance, he waited a full year after Mr. Green had first failed to comply with the requirements before sending the letter. In doing

Les membres déclarent eux même s'être conformés aux règles de PPP — aucune décision n'est nécessaire pour déterminer si le membre a fait défaut de respecter les exigences. La suspension fondée sur les règles de PPP se termine dès que le membre a satisfait à ces dernières. Il n'y a aucune peine ou amende, mis à part un droit de réinscription. En conséquence, cette suspension est semblable à celle qui peut être infligée à un membre qui fait défaut de payer les droits (par. 19(5), art. 2-88 et 2-91 des Règles) ou de produire un rapport annuel sur les comptes en fiducie (par. 5-47(10) des Règles). Dans les deux cas, il n'y a raisonnablement ni audience ni droit d'appel prévu dans la Loi et les Règles, puisque seul le membre peut mettre fin à la suspension en se conformant aux exigences.

[63] Il faut se rappeler que M. Green a admis n'avoir aucun intérêt à se conformer au programme de PPP obligatoire. Or, même si les Règles avaient prévu un processus plus élaboré préalable à l'infliction d'une suspension, ces procédures additionnelles ne dispenseraient pas une personne comme M. Green de se conformer au programme de PPP.

[64] En outre, les règles qui autorisent l'infliction d'une suspension ne s'appliquent pas automatiquement. En effet, en plus des garanties procédurales de common law dont jouit un avocat, les règles de PPP attribuent expressément au directeur général du Barreau le pouvoir discrétionnaire de s'assurer que les Règles ne soient pas trop sévères, quelle que soit la situation. Une suspension n'est pas infligée automatiquement lorsqu'un avocat n'a pas effectué toutes les heures de PPP requises. En effet, le directeur « peut » aviser par écrit un membre qu'il est tenu de se conformer aux exigences de PPP. Dans ce cas, l'avocat dispose de 60 jours pour se conformer aux Règles. Rien dans ces dernières n'empêche par ailleurs le directeur général de retirer sa lettre au cours de la période de 60 jours si les circonstances justifient un tel retrait.

[65] Dans le cas qui nous occupe, le directeur général a exercé son pouvoir discrétionnaire : plutôt que d'envoyer un avis écrit à M. Green dès qu'il a appris le défaut de ce dernier, il lui a envoyé l'avis une année complète après son premier manquement

so, the CEO effectively waived the application of the impugned rules to Mr. Green for the first year they were in force.

[66] Although the impugned rules could have included more extensive procedures, there is no magic formula for making rules with respect to CPD. The different provincial law societies have implemented CPD programs in different ways. This Court's role is not to rewrite the Rules so as to include every procedural protection imaginable, but to determine whether the impugned rules are reasonable in light of the Act. The approach set out by Lord Russell C.J. in *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.), which McLachlin C.J. endorsed in *Catalyst Paper*, at para. 21, is applicable in the instant case:

... I do not mean to say that there may not be cases in which it would be the duty of the Court to condemn by-laws, made under such authority as these were made, as invalid because unreasonable. But unreasonable in what sense? If, for instance, they were found to be partial and unequal in their operation as between different classes; if they were manifestly unjust; if they disclosed bad faith; if they involved such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as could find no justification in the minds of reasonable men, the Court might well say, "Parliament never intended to give authority to make such rules; they are unreasonable and *ultra vires*." But it is in this sense, and in this sense only, as I conceive, that the question of unreasonableness can properly be regarded. A by-law is not unreasonable merely because particular judges may think that it goes further than is prudent or necessary or convenient, or because it is not accompanied by a qualification or an exception which some judges may think ought to be there. [Emphasis added; pp. 99-100.]

[67] While it remains true that a rule is unreasonable if it involves "such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as could find no justification in the minds of reasonable men", the rules at issue do not come close to this. A lawyer's failure to comply with the impugned educational rules, even after having been warned and given an opportunity to seek an extension, provides clear

aux exigences. Ce faisant, le directeur général a, dans les faits, levé les exigences de PPP applicables à M. Green pour la première année de leur application.

[66] Même si les règles contestées avaient pu inclure des procédures plus élaborées, il n'existe pas de formule magique pour l'adoption de règles de PPP. Chaque barreau provincial a mis en œuvre un programme de PPP de manière différente. Il n'appartient pas à la Cour de réécrire les Règles afin d'y inclure toutes les protections imaginables; son rôle est plutôt de déterminer si les règles contestées sont raisonnables compte tenu de la Loi. L'approche énoncée par Lord Russell dans *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 B.R. 91 (Div. Ct.), et approuvée par la juge en chef McLachlin dans *Catalyst Paper*, par. 21, s'applique en l'espèce :

[TRADUCTION] ... je ne veux pas dire qu'il ne peut y avoir de cas où la Cour aurait le devoir d'invalider des règlements, pris en vertu du même pouvoir que ceux-ci l'ont été, en se fondant sur leur caractère déraisonnable. Mais déraisonnable en quel sens? On peut penser, par exemple, à des règlements partiels et d'application inégale pour des catégories distinctes, à des règlements manifestement injustes, à des règlements empreints de mauvaise foi, à des règlements entraînant une immixtion abusive ou gratuite dans les droits des personnes qui y sont assujetties, au point d'être injustifiables aux yeux d'hommes raisonnables; la Cour pourrait alors dire « le Parlement n'a jamais eu l'intention de donner le pouvoir de faire de telles règles; elles sont déraisonnables et *ultra vires*. » C'est en ce sens et uniquement en ce sens qu'il faut, à mon avis, considérer la question du caractère raisonnable. Un règlement n'est pas déraisonnable simplement parce que certains juges peuvent estimer qu'il va au-delà ce qui est prudent ou nécessaire ou commode, ou parce qu'il n'est pas assorti d'une réserve ou d'une exception qui devrait y figurer de l'avis de certains juges. [Je souligne; p. 99-100.]

[67] Même s'il reste vrai que la règle est déraisonnable si elle entraîne « une immixtion abusive ou gratuite dans les droits des personnes qui y sont assujetties, au point d'être injustifiable aux yeux d'hommes raisonnables », les règles en cause en l'espèce sont loin d'être de ce type. L'omission d'un avocat de se conformer aux règles contestées relatives à la formation, même après avoir été avisé et

justification for the Law Society to impose a temporary suspension. These rules are not “‘irrelevant’, ‘extraneous’ or ‘completely unrelated’ to the statutory purpose” of the Law Society in any way: *Katz*, at para. 28.

[68] Therefore, I cannot accept Mr. Green’s procedural arguments. Given the Law Society’s statutory mandate, it was entirely reasonable for it to make the impugned rules that vest its CEO with the discretion to impose an administrative suspension without a right to a hearing or a right of appeal.

#### VI. Disposition

[69] I would dismiss the appeal with costs throughout to The Law Society of Manitoba.

The reasons of *Abella* and *Côté JJ.* were delivered by

[70] *ABELLA J.* (dissenting) — The possible sanctions for a lawyer in Manitoba who is found guilty of professional misconduct or incompetence range from a reprimand or fine to a suspension or disbarment. On the other hand, if a lawyer fails to complete 12 mandatory hours of Continuing Professional Development activities in a calendar year, he or she is automatically suspended.

[71] I accept that The Law Society of Manitoba has the authority to require that its members take 12 hours of mandatory Continuing Professional Development courses. I also accept that the Law Society has, theoretically, the authority to suspend members who fail to comply with these requirements. But neither of these issues is at the heart of this case.

[72] The real issue is the reasonableness of the Law Society’s rule that members who do not comply with those requirements are *automatically* suspended. This, in my respectful view, is inconsistent

s’être vu offrir l’occasion de demander une prorogation de délai, justifie clairement que le Barreau inflige une suspension temporaire. Ces règles ne sont ni « “sans importance”, [ni] “non pertinent[es]” ou [. . .] “complètement étrang[ères]” à l’objet de la loi » relative au Barreau de quelque façon que ce soit : *Katz*, par. 28.

[68] En conséquence, je ne peux accepter les arguments procéduraux de M. Green. Eu égard au mandat législatif du Barreau, il était tout à fait raisonnable qu’il adopte les règles contestées de PPP conférant à son directeur général le pouvoir discrétionnaire d’infliger une suspension administrative sans audience et sans droit d’appel.

#### VI. Dispositif

[69] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi, avec dépens devant toutes les cours en faveur de La Société du Barreau du Manitoba.

Version française des motifs des juges *Abella* et *Côté* rendus par

[70] *LA JUGE ABELLA* (dissidente) — Les sanctions dont est passible au Manitoba un avocat reconnu coupable d’une faute professionnelle ou d’incompétence vont de la réprimande ou de l’amende jusqu’à la suspension ou la radiation. Par ailleurs, un avocat qui omet de compléter les 12 heures de Perfectionnement Professionnel Permanent obligatoire au cours d’une année civile est automatiquement suspendu.

[71] Je reconnais que La Société du Barreau du Manitoba a le pouvoir d’obliger ses membres à suivre 12 heures de cours obligatoires de Perfectionnement Professionnel Permanent. Je reconnais également qu’elle a, en théorie, le pouvoir de suspendre les membres qui ne respectent pas les exigences applicables à cet égard. Mais ni l’une ni l’autre de ces questions ne sont au cœur du présent pourvoi.

[72] La véritable question concerne plutôt le caractère raisonnable de la règle de la Société du Barreau portant que les membres qui ne se conforment pas à ces exigences sont *automatiquement* suspendus.

with the Law Society's mandate to protect the public's confidence in the legal profession because it gratuitously — and therefore unreasonably — impairs public confidence in the lawyer.

### Analysis

[73] A suspension is, in the panoply of a Law Society's disciplinary sanctions, one of the two most serious. The ultimate sanction is disbarment. When a lawyer is suspended, so is public confidence in him or her. That is why The Law Society of Manitoba takes such care in its investigation of complaints regarding professional misconduct or incompetence — it helps ensure that a suspension is imposed only after at least some minimal procedural protections have been provided, and then only after a range of lesser penalties has been considered.

[74] When a suspension is the result of such a process, the loss of public confidence is warranted. Where, however, a suspension is imposed automatically for the least serious disciplinary breach possible — failing to attend classes — the Law Society is in breach of its duty to protect the public from the needless erosion of trust in the professionalism of lawyers.

[75] Automatically imposing one of the most serious possible sanctions, brings automatic public opprobrium for the least serious professional misconduct possible. This squanders public trust for no justifiable reason. A sanction for failing to attend? Perhaps. But not a suspension in every case regardless of the reasons for non-compliance.

[76] Law Societies have rules and sanctions to maintain and enforce the professionalism of their members, but a Law Society cannot enact *any* rule. It can only enact rules that are consistent with the purposes, scope, and objectives of its enabling statute (Donald J. M. Brown and John M. Evans, with the

À mon humble avis, cette situation est incompatible avec le mandat qui a été confié à la Société du Barreau, à savoir protéger la confiance du public envers la profession juridique, parce qu'elle érode gratuitement — et donc déraisonnablement — la confiance du public envers les avocats.

### Analyse

[73] Dans la panoplie des sanctions disciplinaires dont dispose la Société du Barreau, la suspension constitue l'une des deux plus sévères, la sanction ultime étant la radiation. Lorsqu'un avocat est suspendu, la confiance du public à son endroit l'est également. C'est la raison pour laquelle La Société du Barreau du Manitoba enquête avec autant de soin sur les plaintes concernant une faute professionnelle ou une allégation d'incompétence, veillant ainsi à n'imposer une suspension qu'après avoir accordé certaines garanties procédurales minimales, et après avoir envisagé des sanctions moins sévères.

[74] Lorsqu'une suspension est infligée au terme d'un tel processus, la perte de confiance du public en résultant est alors justifiée. Cependant, lorsqu'une suspension est imposée automatiquement à l'égard de l'infraction la moins grave qui soit — le défaut de suivre des activités de formation —, la Société du Barreau contrevient à son obligation de protéger la confiance du public envers le professionnalisme des avocats contre une érosion inutile.

[75] Infliger automatiquement une des sanctions les plus sévères qui soit entraîne automatiquement l'opprobre du public pour la faute professionnelle la moins grave qui existe. Une telle mesure dilapide la confiance du public sans aucune raison valable. Une sanction pour défaut d'assister à des activités de formation? Peut-être. Mais pas une suspension dans tous les cas, sans égard aux motifs de l'inobservation.

[76] Les barreaux ont adopté des règles et des sanctions pour maintenir le professionnalisme de leurs membres et faire respecter par ceux-ci leurs obligations à cet égard, mais ils ne peuvent pas adopter *n'importe quelle* règle. Ils ne peuvent adopter que des règles conformes à l'objet, au champ

assistance of David Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at topic 15:3261).

[77] In *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, [2012] 1 S.C.R. 5, McLachlin C.J. explained that any such authority must be exercised “in a reasonable manner” (para. 15). This was echoed in *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, [2013] 3 S.C.R. 810, where this Court, at para. 24, citing *Waddell v. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266 (B.C.S.C.), at p. 292, confirmed that delegated legislation must be consistent with the purposes and objectives of its enabling legislation “read as a whole”.

[78] I accept that *Katz* suggests a deferential approach when reviewing impugned delegated legislation, but the list of adjectives set out in para. 28 does not represent an exhaustive template. As stated in *Catalyst Paper*, at para. 21, there are other grounds for finding delegated legislation to be unreasonable, such as those set out in *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.), at p. 99, where Lord Russell said:

... I do not mean to say that there may not be cases in which it would be the duty of the Court to condemn by-laws, made under such authority as these were made, as invalid because unreasonable. . . . If, for instance, they were found to be partial and unequal in their operation as between different classes; if they were *manifestly unjust*. . . . [Emphasis added.]

The Court confirmed this in *Catalyst Paper* when it said, “[t]he fact that wide deference is owed . . . does not mean that [the delegate has] *carte blanche*” (para. 24). It is the mandate “as a whole” that governs the inquiry.

[79] That general mandate, as this Court said in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, is to protect “the interests of the public” (para. 36). (See also *Law Society of British Columbia*

d’application et aux objectifs de leur loi habilitante (Donald J. M. Brown et John M. Evans, avec le concours de David Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), rubrique 15:3261).

[77] Dans *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, la juge en chef McLachlin a expliqué qu’un tel pouvoir doit être exercé « de manière raisonnable » (par. 15). Ce raisonnement a trouvé écho dans *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, [2013] 3 R.C.S. 810, où la Cour, par. 24, citant *Waddell c. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266 (C.S. C.-B.), p. 292, a confirmé que la législation déléguée doit être conforme à l’objet de la loi habilitante « prise dans son ensemble ».

[78] Je reconnais que l’arrêt *Katz* suggère une approche empreinte de déférence lors de l’examen de la législation déléguée contestée, mais la liste d’objectifs énumérés au par. 28 n’est pas exhaustive. Comme l’énonce l’arrêt *Catalyst Paper*, par. 21, il existe en effet d’autres fondements pour conclure au caractère déraisonnable de la législation déléguée, tels ceux auxquels réfère l’arrêt *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.), p. 99, où Lord Russell s’est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] . . . je ne veux pas dire qu’il ne peut y avoir de cas où la Cour aurait le devoir d’invalider des règlements, pris en vertu du même pouvoir que ceux-ci l’ont été, en se fondant sur leur caractère déraisonnable. [ . . . ] On peut penser, par exemple, à des règlements partiels et d’application inégale pour des catégories distinctes, à des règlements *manifestement injustes*. . . [Je souligne.]

La Cour l’a confirmé dans *Catalyst Paper* lorsqu’elle a précisé que « [l]e fait qu’il faille faire preuve d’une grande retenue [ . . . ] ne signifie pas [que le délégué a] *carte blanche* » (para. 24). C’est le mandat « dans son ensemble » qui guide l’analyse.

[79] Ce mandat général, tel que l’a décrit la Cour dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, consiste à protéger « [l]es intérêts du public » (para. 36). (Voir aussi *Law Society of British*

*v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, at para. 41.) In Manitoba, the Law Society’s purpose is to “uphold and protect the public interest in the delivery of legal services with competence, integrity and independence”.<sup>2</sup> Those are the core values of a lawyer’s professionalism. Protecting the public interest necessarily involves not only ensuring that a lawyer delivers legal services in accordance with those core values, but also protecting the public’s *perception* in the professionalism of the delivery. The professional delivery must not only be done, it must be seen to be done.

[80] Law Societies therefore represent — and are dedicated to protecting — the core values of the profession. They also represent — and are dedicated to protecting — the public’s confidence that those values will guide the lawyers who serve them. While the primary goal of the Law Society is the protection of the public interest, it cannot do so without also protecting the ability of its members to practise law professionally. As Estey J. stated in *Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307:

The public interest in a free society knows no area more sensitive than the independence, impartiality and availability to the general public of the members of the Bar and through those members, legal advice and services generally. [p. 336]

(See also Gavin MacKenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline* (5th ed. 2009), at p. 27-2.)

[81] A Law Society must, as a result, exercise its mandate in a way that not only protects the ability of lawyers to act professionally, but that also reinforces the public’s perception that lawyers are *behaving* professionally. The flip side is that a Law Society cannot enact rules which unreasonably undermine public confidence in lawyers.

*Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 41.) Au Manitoba, la Société du Barreau a pour objet « de défendre et de protéger l’intérêt public relativement à la prestation de services juridiques d’une manière compétente, intègre et indépendante »<sup>2</sup>. Il s’agit là des valeurs fondamentales du professionnalisme de l’avocat. La protection de l’intérêt public emporte non seulement l’obligation de veiller à ce que les avocats fournissent des services juridiques conformément à ces valeurs, mais également celle de protéger la *perception* de professionnalisme de ces services au sein du public. Les services doivent non seulement être fournis avec professionnalisme, ils doivent également être perçus comme étant fournis de la sorte.

[80] Par conséquent, les barreaux représentent — et protègent — les valeurs fondamentales de la profession juridique. Ils représentent — et protègent — aussi la confiance qu’a le public que ces valeurs guideront le travail des avocats qui les servent. Bien que l’objectif premier d’une société du barreau soit la protection de l’intérêt public, elle ne saurait réaliser cet objectif sans protéger également la capacité de ses membres à exercer le droit de manière professionnelle. Comme l’a affirmé le juge Estey dans *Canada (Procureur général) c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 :

Du point de vue de l’intérêt public dans une société libre, il est des plus importants que les membres du barreau soient indépendants, impartiaux et accessibles et que le grand public ait, par leur intermédiaire, accès aux conseils et aux services juridiques en général. [p. 336]

(Voir aussi Gavin MacKenzie, *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline* (5<sup>e</sup> éd. 2009), par. 27-2.)

[81] En conséquence, les barreaux doivent s’acquitter de leur mandat d’une manière qui non seulement protège la capacité des avocats d’agir de façon professionnelle, mais qui renforce aussi, au sein du public, la perception que les avocats *se comportent* de telle façon. Corollairement, cela signifie que les barreaux ne peuvent adopter des règles qui érodent de manière déraisonnable la confiance du public envers les avocats.

<sup>2</sup> Section 3(1) of *The Legal Profession Act*, C.C.S.M., c. L107.

<sup>2</sup> Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur la profession d’avocat*, C.P.L.M., c. L107.

[82] Yet that is exactly what happens when a lawyer in Manitoba does not comply with the 12 hour educational requirements.

[83] The Continuing Professional Development requirements, defined as “learning activities that protect the public interest by enhancing the *competence*, integrity and professional responsibility of lawyers”,<sup>3</sup> were designed to enhance the competence of lawyers under s. 3(2)(a) of Manitoba’s *Legal Profession Act*, C.C.S.M., c. L107 (“Act”), which states:

**3(2)** In pursuing its purpose, the society must

(a) establish standards for the education, professional responsibility and *competence* of persons practising or seeking the right to practise law in Manitoba; . . .

[84] When the chief executive officer learns that a lawyer has not completed the required 12 hours, he sends a letter informing him or her that there are 60 days to complete them. The letter is sent automatically<sup>4</sup> and without requesting or receiving representations from the defaulting lawyer. The failure to complete the requirements results in that lawyer being suspended from practising law.<sup>5</sup>

[85] The chief executive officer has only such powers as are given to him or her by or under the Act or the *Rules of the Law Society of Manitoba* (“Rules”).<sup>6</sup> Other than granting more time to fulfill the Continuing Professional Development requirements, the chief executive officer has no discretion under rule 2-81.1(12) to do anything except automatically suspend the lawyer:

[82] Et pourtant, c’est exactement ce qui se produit lorsqu’un avocat au Manitoba ne se conforme pas aux exigences relatives à la période de 12 heures de formation obligatoire.

[83] Ces exigences, définies comme étant des « [a]ctivités de formation qui protègent le public en augmentant la *compétence*, l’intégrité et la responsabilité professionnelle des avocats »<sup>3</sup>, visent à accroître la compétence des avocats et ont été établies en application de l’al. 3(2)a) de la *Loi sur la profession d’avocat*, C.P.L.M., c. L107 (« Loi »), du Manitoba, lequel est rédigé ainsi :

**3(2)** Dans la poursuite de son objet, la Société :

a) établit des normes régissant la formation, la responsabilité professionnelle et la *compétence* des personnes qui exercent ou veulent exercer le droit dans la province;

[84] Lorsque le directeur général est informé qu’un avocat n’a pas complété la période de 12 heures de formation requise, il envoie à ce dernier une lettre l’informant qu’il dispose de 60 jours pour effectuer les heures manquantes. Cette lettre est envoyée automatiquement<sup>4</sup>, sans que des observations soient demandées ou acceptées de l’avocat en défaut. Le non-respect des exigences par cet avocat entraîne la suspension de son droit d’exercer sa profession<sup>5</sup>.

[85] Le directeur général ne possède que les pouvoirs que lui confèrent la Loi et les *Règles de la Société du Barreau du Manitoba* (« Règles »)<sup>6</sup>. Mis à part celui d’accorder plus de temps à l’avocat pour qu’il se conforme aux exigences relatives au Perfectionnement Professionnel Permanent, il ne dispose d’aucun pouvoir discrétionnaire l’habilitant à faire autre chose en vertu du par. 2-81.1(12) des Règles que suspendre automatiquement l’avocat :

<sup>3</sup> Rule 2-81.1(1) of the *Rules of the Law Society of Manitoba*.

<sup>4</sup> Affidavit of Joan Holmstrom, the Law Society’s Director of Education, sworn November 7, 2014, A.R., vol. II, at pp. 59-60.

<sup>5</sup> Rule 2-81.1(12).

<sup>6</sup> Section 12(2) of the Act: “The chief executive officer has the powers and duties given to him or her by or under this Act and the rules, and those assigned or delegated to him or her by the benchers, the president or the vice-president.”

<sup>3</sup> Le paragraphe 2-81.1(1) des *Règles de la Société du Barreau du Manitoba*.

<sup>4</sup> Affidavit of Joan Holmstrom, directrice de la formation de la Société du Barreau, fait sous serment le 7 novembre 2014, d.a., vol. II, p. 59-60.

<sup>5</sup> Le paragraphe 2-81.1(12) des Règles.

<sup>6</sup> Le paragraphe 12(2) de la Loi : « Le directeur général exerce les attributions qui lui sont conférées sous le régime de la présente loi et des règles et celles que lui assignent ou lui délèguent les conseillers, le président ou le vice-président. »



*A member who fails to comply within 60 days is automatically suspended from practising law until such time as the requirements have been met and a reinstatement fee paid.*

[86] There are no exceptions or exemptions available to any lawyer who, for health or personal reasons for example, is unable to comply with the requirements. At most, the chief executive officer has discretion to permit a “carry over” of hours in “exceptional circumstances”.<sup>7</sup> He cannot waive or change them. That means, in reality, an automatic suspension regardless of whether there was a compelling reason for failing to comply. Not even the barest of procedural fairness is authorized, such as the ability to explain. And everyone, regardless of circumstances, is subjected to an identical sanction.

[87] The absence of discretion, procedural fairness, or remedial options is in stark contrast to other provisions in the Act or the Rules furthering the Law Society’s mandate under s. 3(2) of the Act to establish standards for the competence of lawyers. Unlike the automatic suspension which attaches to breaches of the 12 annual hours of “learning activities”, the following procedural protections apply to all other “competency” breaches: a lawyer who is being investigated is entitled to be notified of a complaint made against him or her;<sup>8</sup> there is an opportunity for a written response;<sup>9</sup> and the chief executive officer can informally resolve the complaint.<sup>10</sup> The chief executive officer can also decide to take no further action, or can refer the matter to the Complaints Investigation Committee for further investigation.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Rules 2-81.1(9) and 2-81.1(6).

<sup>8</sup> Rule 5-64(2).

<sup>9</sup> Rule 5-64(3).

<sup>10</sup> Rule 5-65(1).

<sup>11</sup> Rule 5-66.

*L’avocat qui ne se conforme pas à ce paragraphe avant l’expiration du délai est automatiquement suspendu et ne peut exercer le droit avant de s’être conformé à ce paragraphe et d’avoir versé les droits de réinscription.*

[86] Il n’existe aucune exception ou dispense que pourrait invoquer un avocat qui, pour des raisons personnelles ou de santé par exemple, serait incapable de se conformer aux exigences. Tout au plus, le directeur général peut, dans « des circonstances exceptionnelles »<sup>7</sup>, permettre le « report » à l’année suivante des heures non accomplies. Toutefois, il ne peut y renoncer ou en réduire le nombre. Concrètement, cela se traduit par une suspension automatique, peu importe que l’avocat ait eu une raison impérieuse de ne pas se conformer aux exigences. Aucune mesure d’équité procédurale, aussi minimale soit-elle, n’est accordée — par exemple la faculté de fournir des explications. Et tous les avocats, sans égard aux circonstances, sont assujettis à la même sanction.

[87] L’absence de pouvoir discrétionnaire, de mesures d’équité procédurale et de mesures réparatrices contraste nettement avec les mesures prévues par d’autres dispositions de la Loi ou des Règles qui tendent à la réalisation du mandat de la Société du Barreau énoncé au par. 3(2) de la Loi pour établir les normes de compétence pour les avocats. Contrairement à la suspension automatique qui s’applique en cas de manquement à l’obligation de compléter 12 heures par année d’« activités de formation », les garanties procédurales suivantes s’appliquent à tous les autres manquements liés à la « compétence » : l’avocat qui fait l’objet d’une enquête par suite d’une plainte reçoit un avis de la plainte formulée contre lui<sup>8</sup>; il peut présenter une réponse écrite<sup>9</sup>; et le directeur général peut tenter de régler la plainte à l’amiable<sup>10</sup>. Celui-ci peut également décider de ne prendre aucune autre mesure, ou encore renvoyer l’affaire au Comité d’enquête sur les plaintes pour enquête plus approfondie<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Les paragraphes 2-81.1(6) et (9) des Règles.

<sup>8</sup> Le paragraphe 5-64(2) des Règles.

<sup>9</sup> Le paragraphe 5-64(3) des Règles.

<sup>10</sup> Le paragraphe 5-65(1) des Règles.

<sup>11</sup> L’article 5-66 des Règles.

[88] If the matter is before the Complaints Investigation Committee, a member can be invited to respond in writing to the substance of the complaint<sup>12</sup> or appear before the committee.<sup>13</sup> The committee may decide to take no further action, or send a letter reminding the member of his or her obligations, or make recommendations to improve a member's practice, or issue a formal caution.<sup>14</sup> The committee may also direct that a charge be laid against the member and refer the matter to the Discipline Committee,<sup>15</sup> with a suspension imposed pending completion of the investigation and any disciplinary proceedings that may follow.<sup>16</sup> If a decision is made to suspend a member at this stage, the member has the right to appeal the decision to a judge of the Court of Queen's Bench under s. 75(1) of the Act.

[89] If the competence-related matter is referred to the Discipline Committee, the member is entitled to be represented by counsel.<sup>17</sup> The range of consequences for a lawyer found to be incompetent by the Discipline Committee, is found in s. 72(2) of the Act:

- (a) if the member is a lawyer, disbar the member and order his or her name to be struck off the rolls;
- . . . .
- (c) confirm, vary or impose restrictions on the member's practice *or suspend the member from practising law*, until the member satisfies the panel that he or she is competent to practise law;
- (d) order the member to pay a fine;
- (e) order the member to pay all or any part of the costs incurred by the society in connection with any investigation or proceedings relating to the matter in respect of which the member was found incompetent;
- (f) reprimand the member;

[88] Si le Comité d'enquête sur les plaintes est saisi de l'affaire, il peut inviter un membre à répondre par écrit aux faits allégués dans la plainte<sup>12</sup> ou à comparaître devant lui<sup>13</sup>. Le comité peut décider de ne prendre aucune autre mesure, d'envoyer une lettre au membre pour lui rappeler ses obligations, de recommander au membre des mesures visant à lui permettre d'améliorer sa pratique, ou de délivrer un avertissement formel<sup>14</sup>. Le comité peut également ordonner qu'une accusation soit déposée contre le membre et renvoyée au Comité de discipline<sup>15</sup>, et il peut suspendre le membre jusqu'à la fin de l'enquête et de toute procédure disciplinaire qui peut en résulter<sup>16</sup>. Le membre qui fait l'objet d'une suspension à cette étape peut interjeter appel de cette décision devant un juge de la Cour du Banc de la Reine en vertu du par. 75(1) de la Loi.

[89] Si une plainte liée à la compétence d'un membre est renvoyée devant le Comité de discipline, le membre a le droit d'être représenté par un avocat<sup>17</sup>. Le paragraphe 72(2) de la Loi prévoit l'éventail des conséquences dont est passible un avocat déclaré incompetent par le Comité de discipline :

- a) si le membre est avocat, le radier et ordonner que son nom soit rayé des tableaux de la Société;
- . . . .
- c) imposer au membre des restrictions relativement à l'exercice du droit ou confirmer ou modifier de telles restrictions *ou suspendre le membre*, jusqu'à ce que celui-ci le convainque qu'il a les compétences voulues pour exercer le droit;
- d) ordonner au membre de payer une amende;
- e) ordonner au membre de payer tout ou partie des frais engagés par la Société à l'occasion de toute enquête, procédure ou instance relative à l'affaire ayant donné lieu à la déclaration de culpabilité;
- f) réprimander le membre;

<sup>12</sup> Rule 5-72(1).

<sup>13</sup> Rule 5-72(4).

<sup>14</sup> Rule 5-74(1).

<sup>15</sup> Section 68(b) of the Act.

<sup>16</sup> Section 68(b)(i) of the Act.

<sup>17</sup> Rule 5-96(2).

<sup>12</sup> Le paragraphe 5-72(1) des Règles.

<sup>13</sup> Le paragraphe 5-72(4) des Règles.

<sup>14</sup> Le paragraphe 5-74(1) des Règles.

<sup>15</sup> L'alinéa 68b) de la Loi.

<sup>16</sup> Le sous-alinéa 68b)(i) de la Loi.

<sup>17</sup> Le paragraphe 5-96(2) des Règles.

(g) permit the member to resign his or her membership and order his or her name to be struck off the rolls;

(h) if the member is a director, officer or shareholder of a law corporation, revoke or suspend the corporation's permit, or impose conditions on the permit;

(i) order the member to take instruction or submit to examinations, or both, as the panel considers appropriate;

(j) rescind or vary any order made or action taken under this subsection;

(k) make any other order or take any other action the panel thinks is appropriate in the circumstances.

g) permettre au membre de démissionner et ordonner que son nom soit rayé des tableaux de la Société;

h) si le membre est administrateur, dirigeant ou actionnaire d'un cabinet d'avocats à responsabilité limitée, révoquer ou suspendre le permis du cabinet ou assortir ce permis de conditions;

i) ordonner au membre d'obtenir la formation et de se présenter aux examens qu'il estime indiqués ou de faire l'une de ces choses;

j) annuler ou modifier toute ordonnance rendue ou toute mesure prise en vertu du présent paragraphe;

k) rendre toute autre ordonnance ou prendre toute autre mesure qu'il estime indiquée dans les circonstances.

If a decision is made to punish a member for incompetence as set out in s. 72(2), including a suspension, the member is entitled to appeal to the Court of Appeal.<sup>18</sup>

Si le comité de discipline décide d'infliger à un membre, pour cause d'incompétence, une sanction prévue au par. 72(2), notamment une suspension, ce dernier a le droit d'interjeter appel de cette décision devant la Cour d'appel<sup>18</sup>.

[90] There is only one "competence" issue regulated by the Law Society that has *no* procedural protections, no range of remedies, and no discretionary leeway on the part of the chief executive officer: failure to comply with Continuing Professional Development requirements. It is as close to a victimless breach as it is possible to imagine, yet it is the only breach that attracts the automatic loss of the ability to practise law. It alone attracts automatic suspension, regardless of justificatory circumstances. This makes it arbitrary.

[90] Il n'y a qu'une seule question liée à la « compétence » des membres et régie par la Société du Barreau qui n'est assortie d'*aucune* garantie procédurale et d'aucun recours pour le membre, et d'aucune latitude en faveur du directeur général : le non-respect des exigences de Perfectionnement Professionnel Permanent. Bien qu'il soit difficile d'imaginer un manquement qui corresponde d'aussi près à un crime sans victimes, il est pourtant le seul qui entraîne automatiquement la perte de la capacité à exercer le droit. Lui seul entraîne une suspension automatique, sans égard à l'existence ou non de circonstances susceptibles de le justifier. Ces facteurs rendent la suspension arbitraire.

[91] It is worth contrasting this with the regulations, policies and by-laws of most other Canadian provinces and territories that have Continuing Professional Development related rules. All of these expressly offer discretion to their respective regulatory bodies to deal with breaches of Continuing Professional Development requirements where there is a reasonable and justifiable explanation of

[91] Il convient de comparer cette situation avec les règlements intérieurs et les politiques de la plupart des autres barreaux provinciaux et territoriaux du Canada qui disposent de règles en matière de Perfectionnement Professionnel Permanent. Toutes ces mesures permettent expressément à l'organisme de réglementation concerné d'exercer un pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un manquement aux exigences

<sup>18</sup> Section 76(1)(a)(i) of the Act.

<sup>18</sup> Le sous-alinéa 76(1)a)(i) de la Loi.

why an exemption or a waiver would be required. These law societies explicitly grant their members the possibility of either exemptions or waivers from mandatory Continuing Professional Development requirements.

[92] In New Brunswick, an exemption can be requested and, if denied, a hearing can be sought.<sup>19</sup> In Ontario, the Law Society can exempt a lawyer from mandatory Continuing Professional Development, or reduce the number of hours.<sup>20</sup> The Executive Director of Nova Scotia's Barristers' Society can waive the requirements if the waiver is "in the public interest".<sup>21</sup> In British Columbia, if there are "special circumstances", a lawyer can apply to the Practice Standards Committee which can, in its discretion, order that the lawyer not be suspended.<sup>22</sup> In Saskatchewan, an exemption can be granted by the Director of Education "in exceptional circumstances".<sup>23</sup> Quebec's regulations and policy with respect to exemptions specify which exceptional circumstances will allow a member to be "exempted", and which will not.<sup>24</sup> The list of permissible exemptions include parental leave; medical reasons, such as accidents; having to act as a caregiver; being in a disaster zone or a war zone and not being able to attend training activities. Non-permitted exemptions include a gradual return to work following a work stoppage for medical reasons; part-time work; a precarious financial situation; an intensive work period; being outside of Quebec for professional or personal reasons; not actively practicing the legal profession; not being obligated to contribute to the professional insurance; being unemployed; taking a year off; and holidays. In the

de Perfectionnement Professionnel Permanent lorsqu'une explication raisonnable justifie d'accorder une exemption ou une dispense. Ces barreaux offrent explicitement à leurs membres la possibilité d'être exempté ou dispensé des exigences de Perfectionnement Professionnel Permanent obligatoire.

[92] Au Nouveau-Brunswick, les membres peuvent demander une dispense et, si elle leur est refusée, ils peuvent demander d'être entendus par le comité.<sup>19</sup> En Ontario, le Barreau du Haut-Canada peut dispenser un avocat des exigences de formation professionnelle continue obligatoire, ou réduire le nombre d'heures exigées.<sup>20</sup> Le directeur général du barreau de la Nouvelle-Écosse peut renoncer à l'application des exigences si une telle mesure est [TRADUCTION] « dans l'intérêt public ».<sup>21</sup> En Colombie-Britannique, s'il existe des [TRADUCTION] « circonstances particulières », un avocat peut demander au comité sur les normes de pratique d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin d'ordonner qu'il ne soit pas suspendu.<sup>22</sup> En Saskatchewan, le directeur de la formation peut accorder une dispense dans des [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles ».<sup>23</sup> Au Québec, le règlement et les politiques relatives aux dispenses précisent les circonstances exceptionnelles qui permettent à un membre d'être « dispensé », et celles qui ne le permettent pas.<sup>24</sup> Les motifs de dispense admissibles comprennent notamment le congé parental; les motifs d'ordre médical, comme les accidents; le fait de devoir agir à titre d'aidant naturel; le fait de se trouver dans une zone sinistrée ou une zone de guerre et de ne pas être en mesure de participer à des séances de formation. Les motifs de dispense non admissibles comprennent le retour progressif

<sup>19</sup> See the Law Society of New Brunswick's *Rules on Mandatory Continuing Professional Development*, ss. 7(1) to (3) and 8(1) and (2).

<sup>20</sup> See the Law Society of Upper Canada's *By-Law 6.1 — Continuing Professional Development*, s. 2(4).

<sup>21</sup> See Nova Scotia Barristers' Society's *Regulations*, r. 8.3.9.

<sup>22</sup> See British Columbia's *Law Society Rules 2015*, rr. 3-29(1) and (5) and 3-32.

<sup>23</sup> See the Law Society of Saskatchewan's *Continuing Professional Development Policy* (online), dealing with "exemptions" and sections 16, 18 and 19.

<sup>24</sup> See Barreau du Québec's *Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, CQLR, c. B-1, r. 12, ss. 15 to 17, and *Guide sur les dispenses de l'obligation de formation continue* (online), at p. 10.

<sup>19</sup> Voir les *Règles sur la formation professionnelle continue obligatoire* du Barreau du Nouveau-Brunswick, par. 7(1) à (3) et 8(1) et (2).

<sup>20</sup> Voir le *Règlement administratif n° 6.1 — Formation professionnelle continue* du Barreau du Haut-Canada, par. 2(4).

<sup>21</sup> Voir les règlements du Barreau de la Nouvelle-Écosse, art. 8.3.9.

<sup>22</sup> Voir les *Law Society Rules 2015* de la Colombie-Britannique, par. 3-29(1) et (5) et art. 3-32.

<sup>23</sup> Voir la *Continuing Professional Development Policy* du Barreau de la Saskatchewan qui porte sur les « dispenses » (en ligne) et les paragraphes 16, 18 et 19.

<sup>24</sup> Voir le *Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 12, art. 15 à 17 pris par le Barreau du Québec, et le *Guide sur les dispenses de l'obligation de formation continue* (en ligne), p. 10.

Yukon, the Chair of the Continuing Legal Education Committee “may order that . . . the member not be suspended”.<sup>25</sup>

[93] No such discretion is available in Manitoba. This lack of discretion is, in my respectful view, fatal. It is also why judicial review of the chief executive officer’s decision is not available. The only remedy is to challenge the reasonableness of the Rule itself. The benchers may, at some point in the future, decide to change the Rule by giving the chief executive officer discretion, but at the moment, no such discretion has been delegated to him.

[94] The Law Society argued that the Continuing Professional Development-related suspension is administrative, not punitive, and therefore does not reflect incompetence. It does not provide comforting attenuation of the severity of the penalty to say it was not for “serious” incompetence or misconduct. A suspension is a suspension is a suspension. As Lord Denning noted in *Pett v. Greyhound Racing Assn., Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 545 (C.A. Civ. Div.), a decision to suspend someone, or not renew a licence to practice a profession, “concerns his [or her] reputation and his [or her] livelihood” (p. 549). (See also *Joplin v. Chief Constable of the City of Vancouver* (1982), 144 D.L.R. (3d) 285 (B.C.S.C.), at pp. 298-99.) That is why Dickson J. in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, held that “[a] high standard of justice

suivant un arrêt de travail pour des raisons médicales; le travail à temps partiel; la précarité de la situation financière; une période de travail intensif; le fait d’être à l’extérieur du Québec pour des raisons professionnelles ou personnelles; le fait de ne pas pratiquer activement la profession juridique; le fait de ne pas être tenu de cotiser à l’assurance-responsabilité professionnelle; le fait d’être sans emploi; la prise d’une année sabbatique ou de vacances. Au Yukon, le président du comité de l’éducation juridique permanente « peut ordonner [. . .] que le membre ne soit pas suspendu »<sup>25</sup>.

[93] Il n’existe aucun pouvoir discrétionnaire de ce genre au Manitoba. À mon avis, l’absence d’un tel pouvoir est fatale. C’est aussi pourquoi il n’est pas possible de demander un contrôle judiciaire de la décision du directeur général. Le seul recours est une contestation du caractère raisonnable de la règle en tant que telle. Les conseillers pourraient, éventuellement, décider de changer la Règle et d’accorder au directeur général ce pouvoir discrétionnaire, mais, pour le moment, aucun pouvoir de ce type ne lui a été délégué.

[94] La Société du Barreau a fait valoir que la suspension imposée en cas de non-respect de l’obligation de Perfectionnement Professionnel Permanent a un caractère administratif, et non punitif et que, en conséquence, elle ne reflète pas l’incompétence du membre visé par la sanction. Le fait de dire que cette sanction n’a pas été infligée pour faute professionnelle ou incompétence « grave » n’a pas pour effet d’en atténuer la sévérité et de reconforter l’intéressé. Une suspension est une suspension, est une suspension. Comme l’a souligné lord Denning dans *Pett c. Greyhound Racing Assn., Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 545 (C.A. Div. Civ.), la décision de suspendre une personne ou de ne pas renouveler son permis d’exercer une profession [TRADUCTION] « affecte sa réputation et son gagne-pain » (p. 549). (Voir également *Joplin c. Chief Constable of the City of Vancouver* (1982),

<sup>25</sup> See the *Rules of the Law Society of Yukon*, r. 95.3(5).

<sup>25</sup> Voir les *Règles du Barreau du Yukon*, par. 95.3(5).

is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake" (p. 1113).

[95] Public confidence in a lawyer's professionalism is inevitably undermined when it learns that a lawyer has been suspended. The reason for the suspension does not magically transform a punitive consequence into an administrative one. The economic costs of the suspension are manifest. So are the reputational ones, especially since the Rules require the chief executive officer to notify every member of the Law Society and each of the chief justices of the courts in Manitoba of the name of a member who is suspended.<sup>26</sup>

[96] While enhancing lawyers' competence is essential, so is upholding the Law Society's responsibility to protect the ability of lawyers to practise their profession with the public's confidence, or, at least, not to attract its unwarranted loss. But a Rule that leads to an *automatic* suspension for failing to attend 12 annual hours of classes, is so far removed from ensuring the public's confidence in lawyers, that it is "manifestly unjust". It is, as a result, unreasonable (*Kruse*, at pp. 99-100).

[97] Because rule 2-81(12) unjustifiably undermines public confidence in a lawyer, it is inconsistent with the Law Society's duty to protect the public interest. It is undeniably in the public interest to sanction lawyers for breaches of professionalism; it is in no one's interest to sanction them arbitrarily.

144 D.L.R. (3d) 285 (C.S. C.-B.), p. 298-299.) C'est pourquoi, dans *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, le juge Dickson a conclu qu'« [u]ne justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu » (p. 1113).

[95] La confiance des membres du public envers le professionnalisme d'un avocat est inévitablement érodée lorsqu'ils apprennent que ce dernier a été suspendu. La raison de cette suspension ne transforme pas par magie une conséquence de nature punitive en conséquence de nature administrative. Les incidences financières de la suspension sont évidentes. Il en est de même des incidences sur la réputation, compte tenu particulièrement du fait que le directeur général doit, en vertu des Règles, aviser les membres de la Société du Barreau, ainsi que les juges en chef des tribunaux au Manitoba, du nom du membre qui a été suspendu<sup>26</sup>.

[96] Bien qu'il soit essentiel de renforcer la compétence des avocats, il est tout aussi essentiel de soutenir la responsabilité qu'a la Société du Barreau de protéger la capacité des avocats de jouir de la confiance du public dans l'exercice de leur profession, ou, à tout le moins, de ne pas causer de manière injustifiée la perte de cette confiance. Or, une Règle qui entraîne la suspension *automatique* du permis d'exercice d'un avocat parce qu'il n'a pas suivi 12 heures de formation annuelle est si loin de garantir la confiance du public envers les avocats qu'elle est « manifestement injuste ». Elle est donc déraisonnable (*Kruse*, p. 99-100).

[97] Puisque le par. 2-81(12) des Règles érode de façon injustifiable la confiance du public envers les avocats touchés par son application, il est incompatible avec l'obligation de protection du public qui incombe à la Société du Barreau. Il est indéniablement dans l'intérêt du public que la Société du Barreau sanctionne les avocats coupables de manquements au professionnalisme; il n'est toutefois dans l'intérêt de personne de leur infliger arbitrairement une sanction.

<sup>26</sup> Rule 2-97.

<sup>26</sup> L'article 2-97 des Règles.

[98] I would allow the appeal and set aside the Rule.

*Appeal dismissed with costs, ABELLA and CÔTÉ JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Taylor McCaffrey, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Law Society of Manitoba, Winnipeg; Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Solicitors for the intervener: McCarthy Tétrault, Toronto.*

[98] J'accueillerais le pourvoi et j'infirmes la Règle.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges ABELLA et CÔTÉ sont dissidentes.*

*Procureurs de l'appelant : Taylor McCaffrey, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimée : Société du Barreau du Manitoba, Winnipeg; Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante : McCarthy Tétrault, Toronto.*

**Jean-Louis Savard** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. SAVARD**

**2017 SCC 21**

File No.: 36908.

2017: March 31.

Present: Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Criminal law — Evidence — Assessment — Credibility of witnesses — Court of Appeal finding that guilty verdict was reasonable and compatible with evidence — Convictions affirmed.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Morin and Dutil JJ.A.), 2016 QCCA 380, [2016] AZ-51259810, [2016] J.Q. n° 1608 (QL), 2016 CarswellQue 1699 (WL Can.), affirming convictions for indecent assault and gross indecency entered by Boudreault J., 2014 QCCQ 10256, [2014] AZ-51117846, [2014] J.Q. n° 11811 (QL), 2014 CarswellQue 11286 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

*Christian Maltais*, for the appellant.

*Sébastien Vallée* and *Mélanie Paré*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] WAGNER J. — This appeal as of right is based on the dissent of one judge in the Quebec Court of Appeal.

[2] The appellant was found guilty by Judge Michel Boudreault of the Court of Quebec of having

**Jean-Louis Savard** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SAVARD**

**2017 CSC 21**

N° du greffe : 36908.

2017 : 31 mars.

Présents : Les juges Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Preuve — Appréciation — Crédibilité des témoins — Conclusion de la Cour d'appel portant que le verdict de culpabilité est raisonnable et compatible avec la preuve — Déclarations de culpabilité confirmées.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Morin et Dutil), 2016 QCCA 380, [2016] AZ-51259810, [2016] J.Q. n° 1608 (QL), 2016 CarswellQue 1699 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour attentat à la pudeur et grossière indécence inscrites par le juge Boudreault, 2014 QCCQ 10256, [2014] AZ-51117846, [2014] J.Q. n° 11811 (QL), 2014 CarswellQue 11286 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Christian Maltais*, pour l'appellant.

*Sébastien Vallée* et *Mélanie Paré*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE WAGNER — Cet appel de plein droit s'appuie sur la dissidence d'un juge de la Cour d'appel du Québec.

[2] L'appellant a été reconnu coupable par le juge Michel Boudreault de la Cour du Québec de plusieurs



committed a number of sexual offences on his nephews and niece dating back to the 1960s.

[3] A majority of the judges of this Court agree with the reasons of the majority of the Court of Appeal. Côté J. would have ordered a new trial for the reasons of the dissenting judge in the Court of Appeal.

[4] For these reasons, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Christian Maltais, Avocats, Baie-Comeau.*

*Solicitor for the respondent: Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec, Chicoutimi.*

infractions à caractère sexuel sur la personne de ses neveux et de sa nièce, infractions qui remontent aux années 1960.

[3] À la majorité, les juges de notre Cour sont d'accord avec les motifs de la majorité de la Cour d'appel. Pour sa part, la juge Côté, pour les motifs du juge dissident en Cour d'appel, aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[4] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Christian Maltais, Avocats, Baie-Comeau.*

*Procureur de l'intimée : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Chicoutimi.*

**Alain Ostiguy and Valérie Savard** *Appellants*

v.

**Hélène Allie** *Respondent*

**INDEXED AS: OSTIGUY v. ALLIE**

**2017 SCC 22**

File No.: 36694.

2016: October 7; 2017: April 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Prescription — Acquisitive prescription — Immovables — Publication of rights — Effective possession of parking space on neighbouring lot for more than 10 years — Application by new owners for injunction to stop possessor from parking on their property being dismissed by Superior Court and Court of Appeal — Provision of Civil Code stating that person who has possessed immovable as its owner for 10 years “may acquire the ownership of it only upon a judicial application” — Whether right of ownership acquired by prescription that has not been subject of judicial application may be set up against new owner of immovable who has registered title in land register — Respective roles of acquisitive prescription and publication of rights system in Quebec civil law — Nature of judgment resulting from application for judicial recognition of right of ownership acquired by prescription — Civil Code of Québec, arts. 922, 2910, 2918.*

Between 1994 and 2011, A and her family used one or two parking spaces situated on the property of their then neighbour in full view of everyone, and there was no objection to their doing so. Between 2004 and 2011, after 10-year prescription had been acquired, A nevertheless did not bring legal proceedings to have her right recognized. In 2011, O and S purchased this neighbouring lot by act of sale. A few months after taking possession of their property, they applied for an injunction to stop A from parking on it. A replied by arguing that she had acquired the parking spaces by 10-year prescription and that that acquisition took precedence over the title of O and S that was registered in the land register.

**Alain Ostiguy et Valérie Savard** *Appelants*

c.

**Hélène Allie** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : OSTIGUY c. ALLIE**

**2017 CSC 22**

N° du greffe : 36694.

2016 : 7 octobre; 2017 : 6 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Prescription — Prescription acquisitive — Biens immeubles — Publicité des droits — Possession utile d'un espace de stationnement situé sur le terrain voisin pendant plus de 10 ans — Demande d'injonction déposée par les nouveaux propriétaires afin que le possesseur cesse de stationner son véhicule sur leur terrain rejetée en Cour supérieure et en Cour d'appel — Disposition du Code civil prévoyant que celui qui a possédé un immeuble à titre de propriétaire pendant 10 ans « ne peut en acquérir la propriété qu'à la suite d'une demande en justice » — Un droit de propriété acquis par prescription mais n'ayant pas fait l'objet d'une demande en justice est-il opposable au nouveau propriétaire de l'immeuble qui a inscrit son titre au registre foncier? — Rôles respectifs de la prescription acquisitive et du régime de la publicité des droits en droit civil québécois — Nature d'un jugement résultant d'une demande de reconnaissance judiciaire du droit de propriété acquis par prescription — Code civil du Québec, art. 922, 2910, 2918.*

Entre 1994 et 2011, A et sa famille utilisent sans objection, au vu et au su de tous, un ou deux espaces de stationnement situés sur le terrain de leur voisin de l'époque. Entre 2004 et 2011, une fois la prescription décennale acquise, A n'entreprend toutefois pas de recours judiciaire pour faire reconnaître son droit. En 2011, O et S acquièrent cet immeuble voisin par acte de vente. Quelques mois après avoir pris possession de leur immeuble, ils déposent une demande d'injonction afin que A cesse d'y stationner son véhicule. En réponse, celle-ci soutient avoir acquis les espaces de stationnement par prescription décennale, laquelle aurait préséance sur le titre de O et S inscrit au registre foncier.

The Superior Court agreed with A in part, holding that the evidence showed that she had acquired by prescription one of the two parking spaces she claimed. In the Court of Appeal, the majority dismissed the appeal, concluding that the legislature had not, in enacting art. 2918 of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”), intended to change the principles that applied to acquisitive prescription at the time of its enactment. They observed that acquisitive prescription makes it possible to prove the existence of a right of ownership, whereas the role of land registration is not that of a guarantee of title. A’s possession could be set up against an owner whose title was registered in the land register. The dissenting judge, on the other hand, would have allowed the appeal and confirmed the title of O and S. He argued that the right to prescribe acquired by A in 2004 is distinct from the real right she was seeking, which can be obtained only upon a judicial application under art. 2918 *C.C.Q.* In his opinion, the judgment resulting from that application is an essential condition for acquiring ownership by prescription. A thus had to obtain such a judgment and publish her right to be able to set it up against O and S.

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

*Per* McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: The parties on each side in this case have a legitimate right to assert. O and S acquired their title legally, by act of sale. A’s effective possession of one of the parking spaces on her neighbours’ lot is recognized and is just as legitimate. What must be done in order to determine which of the parties should prevail is to define the respective roles of acquisitive prescription and the publication of rights in Quebec civil law, and then to interpret and apply the relevant provisions of the *C.C.Q.*, taking into account its overall scheme and its consistency.

In the *C.C.Q.*, acquisitive prescription is recognized as a “means of acquiring a right of ownership, or one of its dismemberments, through the effect of possession” (art. 2910 *C.C.Q.*). The possessor must prove that, for at least 10 years in the case of an immovable, he or she in fact exercised the right in question with the intention of exercising it as the holder of the right. His or her possession must be “peaceful, continuous, public and unequivocal” in order to produce effects (art. 922 *C.C.Q.*). A possessor claiming ownership of an immovable must also obtain a judgment confirming the right so acquired.

As for the role of the publication of rights, it did not change significantly with the enactment of the *C.C.Q.* Although the Civil Code Revision Office had initially,

La Cour supérieure donne partiellement raison à A en confirmant que, selon la preuve entendue, cette dernière a acquis par prescription l’un des deux stationnements revendiqués. La majorité de la Cour d’appel rejette l’appel et conclut que le législateur n’a pas voulu, par le biais de l’art. 2918 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »), changer le régime de la prescription acquisitive qui existait lors de son adoption. Elle rappelle que la prescription acquisitive permet de prouver l’existence du droit de propriété, alors que la publicité foncière n’a pas pour fonction de garantir les titres. La possession de A est opposable au propriétaire inscrit au registre foncier. Le juge dissident aurait plutôt accueilli l’appel et confirmé le titre de propriété de O et S. Selon lui, le droit de prescrire acquis par A dès 2004 est distinct du droit réel convoité, lequel ne peut être obtenu qu’après la demande en justice visée à l’art. 2918 *C.c.Q.* À son avis, le jugement résultant de cette demande est une condition essentielle pour acquérir la propriété par prescription. A devait donc obtenir un tel jugement et publier son droit pour qu’il soit opposable à O et S.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : Les parties au litige ont de part et d’autre un droit légitime à faire valoir. O et S ont acquis leur titre de façon régulière, par acte de vente. La possession utile de A d’un des stationnements du lot de ses voisins est reconnue et tout aussi légitime. Pour déterminer laquelle des parties doit avoir préséance, il faut cerner les rôles respectifs de la prescription acquisitive et de la publicité des droits en droit civil québécois, puis interpréter et appliquer les dispositions pertinentes du *C.c.Q.* en tenant compte de son économie générale et de sa cohérence.

Le *C.c.Q.* reconnaît la prescription acquisitive comme un « moyen d’acquérir le droit de propriété ou l’un de ses démembrements, par l’effet de la possession » (art. 2910 *C.c.Q.*). Le possesseur doit prouver l’exercice de fait du droit convoité et la volonté d’exercer ce droit en tant que titulaire, et ce pendant au moins 10 ans en matière immobilière. Sa possession doit être « paisible, continue, publique et non équivoque » pour produire ses effets (art. 922 *C.c.Q.*). Le possesseur qui revendique la propriété d’un immeuble doit également obtenir un jugement afin de confirmer le droit ainsi acquis.

En ce qui a trait au rôle de la publicité des droits, ce dernier n’a pas changé de façon significative à la suite de l’adoption du *C.c.Q.* En effet, bien que l’Office de révision

in 1977, proposed a substantial modification in procedures and in the consequences of the publication of immoveable rights that was based on the cardinal principle of absolute confidence in titles, the Quebec legislature did not carry the reform through to completion. In fact, it abandoned the reform in 2000, confirming the traditional purely declarative role of publication. This decision to abandon most of the reform of the land register confirms that under the current *C.C.Q.*, for rights acquired by prescription to be set up against third parties, there is no greater requirement that they be published than was the case under the *Civil Code of Lower Canada* (“*C.C.L.C.*”).

Thus, it can be seen that the effect of the distinct roles of acquisitive prescription and the publication of rights is that rights validly acquired by prescription apply regardless of the rights registered in the land register. This solution is the one that is most consistent with the general scheme of the *C.C.Q.* and with the relevant provisions on prescription, as well as on the publication of rights and on sale.

This solution is consistent with art. 2885 *C.C.Q.*, which requires the publication of a renunciation of acquired prescription with respect to immovable real rights. Given that acquired prescription jeopardizes a right that is registered in the land register, a renunciation thereof must be published to enable third parties to take notice of it. The solution is also consistent with art. 2957 *C.C.Q.*, which provides that “[p]ublication does not interrupt prescription”. It would indeed make no sense to conclude that the publication of rights cannot interrupt prescription while the period is still running, but that it can negate the effects of prescription that has already been acquired.

This solution is also consistent with the repeal of art. 2962 *C.C.Q.*, the effect of which was that third parties could no longer rely entirely on entries in the land register. As for the theory of apparent rights, there is nothing to suggest that the legislature intended it to apply more generally in situations other than the ones in which the legislature decided to specifically recognize it. In any event, if it did apply, there would be no reason why appearances of right created artificially by the land register should prevail over the tangible appearances of right that result from effective possession. Finally, this solution is just as consistent with art. 1724 para. 2 *C.C.Q.*, which preserves the rights of all parties. Under that provision, the seller warrants the buyer “against any encroachment commenced with his knowledge by a third person before the sale”. Thus, although it is true that in this case the acquisitive prescription A has set up against O and S denies them a portion of the right

du Code civil avait initialement suggéré en 1977 une modification substantielle de la procédure et de l’effet de la publication des droits immobiliers qui reposait sur le principe cardinal de la confiance absolue dans les titres, le législateur québécois n’a pas mené à terme cette réforme. Il l’a de fait abandonnée en 2000, consacrant le rôle traditionnel purement déclaratif de la publicité. Ce choix d’abandonner la majeure partie de la réforme du registre foncier confirme que, sous le *C.c.Q.* actuel, les droits acquis par prescription n’ont pas davantage besoin d’être publiés pour être opposés aux tiers que ce n’était le cas sous le *Code civil du Bas-Canada* (« *C.c.B.-C.* »).

Ainsi, force est de constater que les rôles distincts de la prescription acquisitive et de la publicité des droits font en sorte que les droits valablement acquis par prescription opèrent sans égard aux droits inscrits au registre foncier. Cette solution est celle qui est la plus cohérente avec l’économie générale du *C.c.Q.* et avec les dispositions pertinentes relatives tant à la prescription, qu’à la publicité des droits et à la vente.

Cette solution concorde avec l’art. 2885 *C.c.Q.* qui requiert la publication de la renonciation à la prescription acquise de droits réels immobiliers. En effet, puisque la prescription acquise met en péril un droit autrement inscrit au registre, il est nécessaire d’en publier la renonciation afin que les tiers puissent en prendre connaissance. Elle s’harmonise aussi avec l’art. 2957 *C.c.Q.* qui prévoit que la « publicité n’interrompt pas le cours de la prescription ». Il serait en effet illogique de conclure que la publicité des droits ne peut interrompre la prescription qui court toujours, mais qu’elle peut annihiler les effets de la prescription déjà acquise.

Cette solution est en outre cohérente avec l’abrogation de l’art. 2962 *C.c.Q.*, laquelle a eu pour effet de ne plus permettre aux tiers de se fier entièrement aux inscriptions contenues au registre foncier. Quant à la théorie des droits apparents, rien ne permet de croire que le législateur ait voulu que cette théorie s’applique de façon plus générale, au-delà des situations pour lesquelles il a spécifiquement décidé de la reconnaître. De toute façon, si elle s’appliquait, il n’y aurait aucune raison pour que les apparences créées artificiellement par le registre foncier prévalent sur les apparences tangibles que crée la possession utile. Finalement, cette solution est tout aussi cohérente avec l’art. 1724 al. 2 *C.c.Q.* qui permet de préserver les droits de toutes les parties en cause. En effet, cet article prévoit que le vendeur se porte garant envers l’acheteur « de tout empiétement qu’un tiers aurait, à sa connaissance, commencé d’exercer avant la vente ». Ainsi, bien qu’en

of ownership that the act of sale purported to transfer to them, it is nevertheless possible for them to claim the corresponding loss from their predecessors in title if they can prove that the latter were aware of A's encroachment before the sale and failed to disclose it to them.

As for the advance registration of a judicial application concerning a real right that is provided for in arts. 2966 and 2968 *C.C.Q.*, it is of no assistance in the case of acquisitive prescription. The effective possession on which this form of prescription is based is already public and can already be set up against third parties. Since acquisitive prescription has its effects regardless of any rights registered in the land register, there is no need for a possessor to register a judicial application in advance in order to protect his or her rights.

Finally, the nature of the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* is not determinative of the issue before the Court. In any event, the sole purpose of that judgment is to recognize pre-existing rights resulting from effective possession and the lapse of time; when all is said and done, the legislature merely intended to restore the situation that existed under the *C.C.L.C.* in this regard. It is true that when the *C.C.Q.* was enacted in 1991, the legislature seems to have intended that acquiring ownership of an immovable by prescription should be contingent upon obtaining a judgment. However, the role of art. 2918 *C.C.Q.* was altered when the reform of the publication of rights system was subsequently suspended and abandoned. That article and the relevant provisions of the *Code of Civil Procedure* should instead be interpreted in light of the abortive reform and the many changes that resulted from it. This leads to the conclusion that prescription depends on achieving effective possession, not on obtaining a judgment; it is acquisitive prescription that grants the right, not the judgment. In fact, the judgment attests to the existence of a pre-existing right; it does not create a new right. In this respect, the requirement in art. 2918 *C.C.Q.* is more like a procedural condition than a substantive one. All these characteristics suggest a nature that is more declarative than right-granting or constitutive.

In the end, the solution adopted in this case does not weaken the land register and introduces no more uncertainty into real estate transactions in Quebec than there already was. Rather, it accounts for the inevitable effect of acquisitive prescription, a key institution of Quebec civil law that has been recognized by the legislature and whose purpose is to ascribe legal consequences to possession that is already peaceful, continuous, public and unequivocal.

l'espèce O et S se voient privés d'une partie du droit de propriété que l'acte de vente prétendait leur transférer, en raison de la prescription acquisitive que leur oppose A, il leur est néanmoins possible de réclamer la perte correspondante auprès de leurs auteurs s'ils sont en mesure de prouver que ceux-ci connaissaient l'empiètement exercé par A avant la vente et qu'ils ont omis de leur mentionner.

En ce qui a trait à la préinscription d'une demande en justice qui concerne un droit réel prévue aux art. 2966 et 2968 *C.c.Q.*, elle est inutile à l'égard de la prescription acquisitive. En effet, la possession utile qui fonde cette prescription est déjà publique et opposable aux tiers. Puisque la prescription acquisitive produit ses effets sans égard aux droits inscrits au registre foncier, il n'est pas nécessaire que le possesseur préinscrive sa demande en justice pour protéger ses droits.

Enfin, la nature du jugement visé à l'art. 2918 *C.c.Q.* n'est pas déterminante pour résoudre la question soumise à la Cour. De toute façon, ce jugement vise uniquement à reconnaître les droits préexistants que confère la possession utile par l'écoulement du temps; en définitive, le législateur n'a voulu que rétablir à cet égard la situation qui prévalait sous le *C.c.B.-C.* Il est vrai que lors de l'adoption du *C.c.Q.*, en 1991, le législateur semblait avoir l'intention de subordonner l'acquisition de la propriété d'un immeuble par prescription à l'obtention d'un jugement. Toutefois, le rôle de l'art. 2918 *C.c.Q.* a été altéré par la suspension et l'abandon subséquents de la réforme du régime de publicité des droits. Cet article et les dispositions pertinentes du *Code de procédure civile* doivent plutôt s'interpréter en tenant compte de la réforme avortée et des multiples changements qui en ont découlé. Il en ressort que l'accomplissement de la prescription dépend de la possession utile, pas de l'obtention d'un jugement; c'est la prescription acquisitive qui attribue le droit et non le jugement. En réalité, celui-ci constate l'existence du droit préexistant; il ne crée pas de droit nouveau. Sous ce rapport, l'exigence de l'art. 2918 *C.c.Q.* s'apparente plus à une condition procédurale que de fond. Or, ces diverses caractéristiques tiennent plus d'un caractère déclaratif qu'attributif ou constitutif.

En définitive, la solution retenue en l'espèce ne fragilise pas le registre foncier et n'introduit pas plus d'incertitude qu'auparavant dans les transactions immobilières au Québec. Elle reconnaît plutôt l'effet incontournable de la prescription acquisitive, une importante institution du droit civil québécois reconnue par le législateur, qui vise à conférer des conséquences juridiques à une possession qui est déjà paisible, continue, publique et non équivoque.

*Per* Côté J. (dissenting): Under art. 2918 of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”), the acquisition of ownership of an immovable by prescription is conditional on first obtaining a judgment following a judicial application. That judgment is constitutive of the right of ownership and without retroactive effect. Reading down the plain language of art. 2918 so as to render the judgment declaratory and retroactive cannot be reconciled with the legislative balance struck between the right of ownership and the operation of prescription. Such a reading is also inconsistent with the property and publication books of the *C.C.Q.*, and with the rationale behind acquisitive prescription.

The concept of prescription operates in tension with real rights, including the primordial real right in the *C.C.Q.*, ownership. Prescription is nonetheless grounded in a valid two-fold purpose. First, it operates to efficiently quiet title such that a party to a translatory act need not prove the validity of each link in the chain of title. Second, it operates so as to allow a possessor in fact to acquire the right of ownership to the detriment of the true owner, whose own right is extinguished. In both cases, the regime of prescription has a clear underlying rationale: to promote the efficiency, stability and security of property relationships.

In the modern era, this rationale is only served by recognizing that the conditions for acquisitive prescription of an immovable did in fact change with the introduction of the *C.C.Q.* Previously, under art. 2242 of the *Civil Code of Lower Canada* (“*C.C.L.C.*”), a possessor in bad faith and without title could acquire an immovable only after possessing it for 30 years. Article 2251 *C.C.L.C.* provided for prescriptive acquisition after only 10 years, but only if the possessor in good faith could found his or her possession upon a translatory title. Article 2918 *C.C.Q.* replaced these conditions with a single possessory period of 10 years, regardless of the good or bad faith of the possessor, or the presence or absence of translatory title.

In view of these changes — and given that a reduction in the prescription period inherently affects the balance between the rights of the possessor and those of the true owner — art. 2918 imposes a requirement that the possessor may acquire the right of ownership only upon a judicial application. This requirement has no antecedent in the *C.C.L.C.*, and as a result its meaning cannot be defined by reference to practices prevailing under the *C.C.L.C.*

*La juge Côté* (dissidente) : Suivant l’art. 2918 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »), l’acquisition par prescription d’un droit réel immobilier est subordonnée à l’obtention d’un jugement faisant suite à une demande en justice. Ce jugement est constitutif du droit de propriété et n’a pas d’effet rétroactif. Donner une interprétation atténuée de cette disposition de sorte que le jugement soit déclaratif et rétroactif est impossible à concilier avec l’équilibre établi par la loi entre le droit de propriété et la mise en œuvre du régime de prescription. Une telle interprétation est également incompatible avec les livres du *C.c.Q.* sur les biens et la publicité, et avec la logique qui sous-tend la prescription acquisitive.

Le concept de prescription crée une tension en rapport avec les droits réels, y compris avec le droit réel primordial visé par le *C.c.Q.*, le droit de propriété. Le régime de prescription est malgré tout fondé sur deux objets valides. D’abord, la prescription a pour effet de valider les titres, de sorte que la partie à un acte translatif de propriété n’a pas à prouver la validité de chaque maillon de la chaîne de titres. Ensuite, la prescription a pour effet de permettre au possesseur de fait d’acquérir le droit de propriété au détriment du véritable propriétaire, dont le droit est éteint. Dans les deux cas, la raison d’être du régime de prescription est claire : il vise à assurer l’efficacité, la stabilité et la sécurité des rapports de propriété.

À l’ère moderne, il ne peut être donné effet à cette raison d’être qu’en reconnaissant que les conditions relatives à la prescription acquisitive d’un immeuble ont bel et bien changé lors de l’adoption du *C.c.Q.* Auparavant, suivant l’art. 2242 du *Code civil du Bas-Canada* (« *C.c.B.-C.* »), un possesseur de mauvaise foi et sans titre pouvait acquérir un immeuble seulement après en avoir eu possession pendant 30 ans. L’article 2251 *C.c.B.-C.* prévoyait une prescription acquisitive de 10 ans, mais seulement si le possesseur de bonne foi pouvait fonder sa possession sur un titre translatif de propriété. L’article 2918 *C.c.Q.* a substitué à ces conditions une période unique de 10 ans, sans considération de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur, ni de la présence ou de l’absence d’un titre translatif de propriété.

Compte tenu de ces changements — et puisque la réduction de la période de prescription affecte de manière inhérente l’équilibre entre les droits du possesseur et ceux du véritable propriétaire —, l’art. 2918 impose une condition voulant que le possesseur ne puisse acquérir le droit de propriété qu’à la suite d’une demande en justice. Cette exigence n’a pas de précédent dans le *C.c.B.-C.* et, en conséquence, elle ne peut être définie en fonction de pratiques qui avaient cours sous le régime du *C.c.B.-C.*

The abandonment of the land register reform did not relieve possessors of art. 2918's judicial application requirement. To the contrary, a careful reading of the legislative history of art. 2918 *C.C.Q.* and s. 143 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* reveals that the legislature intended the judgment on the judicial application to be constitutive of the right of ownership and without retroactive effect. Rather than merely surviving the legislature's purge following the abandonment of the reform, the judicial application requirement took on added importance given that the reduction of the prescription period to 10 years — which was initially premised on the successful completion of the register reform — was maintained. Under the current art. 2918, the lapse of time alone no longer gives the possessor a right of ownership; only a judgment can do that. Holding otherwise conflates possession in fact with the creation or transfer of real rights, and fundamentally upsets the legislative balance struck between the rights of the possessor and those of the true owner.

Giving effect to the plain wording of art. 2918 is consistent with the *C.C.Q.*'s publication regime which, pursuant to art. 2966 para. 1, permits a possessor to register the judicial application in advance of obtaining the necessary judgment under art. 2918. Under art. 2968 para. 1, the date of advance registration is then deemed to be the date of publication. The effect of these articles is to encourage a prudent possessor who has complied with the wording of art. 2918 to register the judicial application in advance. This aligns art. 2918 with the general publication requirement in art. 2938 *C.C.Q.* for the “acquisition, creation, recognition, modification, transmission or extinction” of immovable real rights. It also minimizes the prospect of litigation and priority contests, and promotes the efficiency, stability and security of relationships between title holders by encouraging publication. Treating the judgment under art. 2918 as if it had a declarative and retroactive effect does not.

In this case, A did not make the required judicial application under art. 2918 until well after O and S acquired title to the contested immovable and published their title in the land register. O and S are therefore prior in time and — as revealed by the register — prior in rank. The result is that A's possession is not opposable against O and S's title.

L'abandon de la réforme du registre foncier n'a pas soustrait les possesseurs à l'exigence prévue par l'art. 2918 de présenter une demande en justice. Au contraire, un examen attentif de l'historique législatif de l'art. 2918 *C.c.Q.* et de l'art. 143 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* révèle que le législateur souhaitait que le jugement faisant suite à la demande en justice soit constitutif du droit de propriété et sans effet rétroactif. L'exigence relative à la demande en justice n'a pas simplement survécu aux modifications adoptées par le législateur à la suite de l'abandon de la réforme; elle a acquis une importance accrue puisque la réduction du délai de prescription à 10 ans — qui était initialement fondée sur la mise en place de la réforme du registre — a été conservée. Selon l'art. 2918 actuel, le temps écoulé à lui seul ne donne plus au possesseur un droit de propriété; seul un jugement peut le faire. Conclure autrement confondrait la possession de fait et la création ou le transfert de droits réels, et contrecarrerait donc fondamentalement l'équilibre établi par la loi entre les droits du possesseur et ceux du véritable propriétaire.

Donner effet au sens ordinaire du libellé de l'art. 2918 est compatible avec le régime de publication du *C.c.Q.* qui, suivant le premier alinéa de l'art. 2966, permet à un possesseur, avant qu'il obtienne le jugement nécessaire prévu à l'art. 2918, de préinscrire sa demande en justice. Selon le premier alinéa de l'art. 2968, la date de la préinscription est réputée être la date de publication. Par l'effet de ces articles, le possesseur prudent qui respecte les exigences énoncées à l'art. 2918 est incité à préinscrire sa demande en justice, ce qui concorde avec l'exigence générale prévue à l'art. 2938 *C.c.Q.*, soit la publicité de « l'acquisition, la constitution, la reconnaissance, la modification, la transmission et l'extinction » des droits réels immobiliers. La possibilité que surviennent des litiges et des contestations de priorité de rang s'en trouve également réduite, et l'efficacité, la stabilité et la sécurité des rapports de propriété entre détenteurs de titres sont favorisées parce qu'ils sont encouragés à publier leur titre. Traiter le jugement rendu en application de l'art. 2918 comme s'il était déclaratif et rétroactif ne donne pas un tel encouragement.

En l'espèce, A n'a présenté la demande en justice visée par l'art. 2918 que bien après que O et S aient acquis le titre relatif à l'immeuble en cause et l'eurent publié. O et S sont ainsi premiers, non seulement sur le plan chronologique, mais aussi, comme le révèle le registre, sur celui de l'ordre de priorité. Il en résulte que la possession de A n'est pas opposable au titre de O et S.

## Cases Cited

By Gascon J.

**Referred to:** *Deschesnes v. Boucher*, [1961] B.R. 771; *Noiseux v. Savio* (1982), 27 R.P.R. 179; *Dupuy v. Gauthier*, 2013 QCCA 774, [2013] R.J.Q. 662; *Medeiros v. St-Louis*, [2002] R.D.I. 352; *Dupont v. Saint-Arnaud*, [1992] R.D.J. 88; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Dion v. Ouellet-Latulippe*, 2008 QCCA 1812; *Sylviculture et exploitation J.M.J. inc. v. Mayer Hill*, 2012 QCCA 1377; *De Repentigny v. Fortin (Succession)*, 2012 QCCS 905; *Breton v. Fortin*, 2016 QCCS 6149; *Gosselin v. Turner*, 2012 QCCS 388; *Caron v. Gauthier*, 2011 QCCS 2898; *Beauséjour v. Centre de ski Le Relais*, 2015 QCCS 127; *Cabana v. Valiquette*, 2013 QCCS 4710, aff'd 2015 QCCA 1520; *Re Gagné*, 2009 QCCS 6064; *Re Montmagny (Ville)*, 2005 CanLII 11604; *Re Béland*, 2005 CanLII 24349.

By Côté J. (dissenting)

*Croisetière v. Gélinas*, [1977] C.A. 183; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Dupuy v. Gauthier*, 2013 QCCA 774, [2013] R.J.Q. 662; *Craig v. Béton Chevalier inc.*, 2012 QCCS 2888; *Granby (Ville) v. Gestion Rainville ltée*, 2011 QCCS 4259; *Re Gagné*, 2009 QCCS 6064; *Re Montmagny (Ville)*, 2005 CanLII 11604; *Re Béland*, 2005 CanLII 24349; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575.

## Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, ss. 143 [am. 2000, c. 42, s. 87], 155 para. 1.  
*Act to amend the Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code and other legislative provisions as regards security and the publication of rights*, S.Q. 1995, c. 33.  
*Act to amend the Civil Code and other legislative provisions relating to land registration*, S.Q. 2000, c. 42.  
*Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, ss. 6, 8.  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 406, 1508, 2082, 2089, 2098, 2183, 2183a, 2206, 2242, 2251.  
*Civil Code of Québec*, arts. 331, 627, 884, 912, 916, 921, 922, 928, 930, 947, 1037, 1559, 1643, 1724, 2163, 2847, 2875, 2879, 2885, 2910, 2911, 2912, 2917, 2918 [am. 2000, c. 42, s. 10], 2938, 2941, 2943, 2944 [*idem*, s. 15], 2945, 2946, 2957, 2962 [rep. *idem*,

## Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

**Arrêts mentionnés :** *Deschesnes c. Boucher*, [1961] B.R. 771; *Noiseux c. Savio* (1982), 27 R.P.R. 179; *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774, [2013] R.J.Q. 662; *Medeiros c. St-Louis*, [2002] R.D.I. 352; *Dupont c. Saint-Arnaud*, [1992] R.D.J. 88; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Dion c. Ouellet-Latulippe*, 2008 QCCA 1812; *Sylviculture et exploitation J.M.J. inc. c. Mayer Hill*, 2012 QCCA 1377; *De Repentigny c. Fortin (Succession)*, 2012 QCCS 905; *Breton c. Fortin*, 2016 QCCS 6149; *Gosselin c. Turner*, 2012 QCCS 388; *Caron c. Gauthier*, 2011 QCCS 2898; *Beauséjour c. Centre de ski Le Relais*, 2015 QCCS 127; *Cabana c. Valiquette*, 2013 QCCS 4710, conf. par 2015 QCCA 1520; *Re Gagné*, 2009 QCCS 6064; *Re Montmagny (Ville)*, 2005 CanLII 11604; *Re Béland*, 2005 CanLII 24349.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Croisetière c. Gélinas*, [1977] C.A. 183; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774, [2013] R.J.Q. 662; *Craig c. Béton Chevalier inc.*, 2012 QCCS 2888; *Granby (Ville) c. Gestion Rainville ltée*, 2011 QCCS 4259; *Re Gagné*, 2009 QCCS 6064; *Re Montmagny (Ville)*, 2005 CanLII 11604; *Re Béland*, 2005 CanLII 24349; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575.

## Lois et règlements cités

*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 6, 8.  
*Code civil du Bas-Canada*, art. 406, 1508, 2082, 2089, 2098, 2183, 2183a, 2206, 2242, 2251.  
*Code civil du Québec*, art. 331, 627, 884, 912, 916, 921, 922, 928, 930, 947, 1037, 1559, 1643, 1724, 2163, 2847, 2875, 2879, 2885, 2910, 2911, 2912, 2917, 2918 [mod. 2000, c. 42, art. 10], 2938, 2941, 2943, 2944 [*idem*, art. 15], 2945, 2946, 2957, 2962 [abr. *idem*, art. 19], 2966, 2968, 3026, 3046 à 3053 [*idem*, art. 73], 3075.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 805 [mod. 1992, c. 57, art. 367], 806.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 468.  
*Code de procédure civile*, S.Q. 1965, c. 80, art. 806.  
*Code Napoléon*, art. 544.  
*Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* (1789), art. II, XVII.



s. 19], 2966, 2968, 3026, 3046 to 3053 [*idem*, s. 73], 3075.  
*Code Napoléon*, art. 544.  
*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, arts. 805 [am. 1992, c. 57, s. 367], 806.  
*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, art. 468.  
*Code of Civil Procedure*, S.Q. 1965, c. 80, art. 806.  
*Declaration of the Rights of Man and of the Citizen* (1789), arts. II, XVII.  
*Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, ss. 41.1, 50.

### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.  
 Bigot de Préameneu, Félix Julien Jean. “Motifs exposés au Corps législatif sur la loi, titre XX, livre III du Code civil, relative à la Prescription”, dans *Recueil des lois composant le Code civil*, vol. 9, Paris: Rondonneau, 1804, 26.  
 Brochu, François. “Critique d’une réforme cosmétique en matière de publicité foncière” (2003), 105 *R. du N.* 761.  
 Brochu, François. “Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau *Code civil du Québec*, et le rôle des principaux intervenants” (1993), 34 *C. de D.* 949.  
 Brochu, François. *Mémoire portant sur le Projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d’état civil, de successions et de publicité des droits*, Commission des institutions, Consultations particulières et auditions publiques, 23 mai 2013. Québec, Collection numérique de la Bibliothèque de l’Assemblée nationale (online: [https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique\\_v2/AffichageNotice.aspx?idn=78453](https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageNotice.aspx?idn=78453); archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC22\\_fra.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC22_fra.pdf)).  
 Brochu, François. “Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière” (2003), 105 *R. du N.* 735.  
 Brochu, François. “Prescription acquisitive en 2007” (2008), 110 *R. du N.* 225.  
 Brochu, François. “Prescription acquisitive et publicité des droits” (2005), 107 *R. du N.* 203.  
 Brochu, François. “Prescription acquisitive et publicité des droits” (2006), 108 *R. du N.* 197.  
 Brochu, François. “Revue de jurisprudence 2012 en prescription acquisitive et en publicité des droits” (2013), 115 *R. du N.* 205.  
 Cantin Cumyn, Madeleine. “Les principaux éléments de la révision des règles de la prescription” (1989), 30 *C. de D.* 611.

*Loi d’interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 41.1, 50.  
*Loi modifiant, en matière de sûretés et de publicité des droits, la Loi sur l’application de la réforme du Code civil et d’autres dispositions législatives*, L.Q. 1995, c. 33.  
*Loi modifiant le Code civil et d’autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42.  
*Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, art. 143 [mod. 2000, c. 42, art. 87], 155 al. 1.

### Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.  
 Bigot de Préameneu, Félix Julien Jean. « Motifs exposés au Corps législatif sur la loi, titre XX, livre III du Code civil, relative à la Prescription », dans *Recueil des lois composant le Code civil*, vol. 9, Paris, Rondonneau, 1804, 26.  
 Brochu, François. « Critique d’une réforme cosmétique en matière de publicité foncière » (2003), 105 *R. du N.* 761.  
 Brochu, François. « Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau *Code civil du Québec*, et le rôle des principaux intervenants » (1993), 34 *C. de D.* 949.  
 Brochu, François. *Mémoire portant sur le Projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d’état civil, de successions et de publicité des droits*, Commission des institutions, Consultations particulières et auditions publiques, 23 mai 2013. Québec, Collection numérique de la Bibliothèque de l’Assemblée nationale (en ligne : [https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique\\_v2/AffichageNotice.aspx?idn=78453](https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageNotice.aspx?idn=78453); version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC22\\_fra.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC22_fra.pdf)).  
 Brochu, François. « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière » (2003), 105 *R. du N.* 735.  
 Brochu, François. « Prescription acquisitive en 2007 » (2008), 110 *R. du N.* 225.  
 Brochu, François. « Prescription acquisitive et publicité des droits » (2005), 107 *R. du N.* 203.  
 Brochu, François. « Prescription acquisitive et publicité des droits » (2006), 108 *R. du N.* 197.  
 Brochu, François. « Revue de jurisprudence 2012 en prescription acquisitive et en publicité des droits » (2013), 115 *R. du N.* 205.  
 Cantin Cumyn, Madeleine. « Les principaux éléments de la révision des règles de la prescription » (1989), 30 *C. de D.* 611.

- Carbonnier, Jean. *Droit civil*, vol. I. Paris: Quadrige/PUF, 2004.
- Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Deslauriers, Jacques. *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2013.
- Dumais, Daniel. "La prescription", dans Collection de droit de l'École du Barreau du Québec, vol. 4, *Responsabilité*. Montréal: Yvon Blais, 2016, 219.
- Gervais, Céline. *La prescription*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
- Gidrol-Mistral, Gaële. "Publicité des droits et prescription acquisitive: des liaisons dangereuses?" (2016), 46 *R.G.D.* 303.
- Kasirer, Nicholas. "Portalis Now", dans Nicholas Kasirer, dir., *Le droit civil, avant tout un style?* Montréal: Thémis, 2003, 1.
- Laflamme, Lucie, Marie Galarneau et Pierre Duchaine. *L'examen des titres immobiliers*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2014.
- Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2007.
- Lambert, Édith. *La prescription (Art. 2875 à 2933 C.c.Q.)*, coll. Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ). Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2014.
- Lametti, David. "Prescription à la recherche du temps: In Search of Past Time (or Recognition of Things Past)", dans Marie-France Bureau et Mathieu Devinat, dir., *Les livres du Code civil du Québec*. Sherbrooke: Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2012, 267.
- Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 7<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
- Lamontagne, Denys-Claude. *Droit de la vente*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.
- Martineau, Pierre. *La Prescription*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1977.
- Mayrand, Albert. "Bonne foi et prescription par tiers acquéreur" (1942), 2 *R. du B.* 9.
- Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. II, *Biens: Droit de propriété et ses démembrements*, 8<sup>e</sup> éd. par François Chabas. Paris: Montchrestien, 1994.
- McCann, Julie. "Commentaire sur la décision *De Repentigny c. Fortin (Succession de)* — L'acquisition de la propriété par prescription décennale: effet déclaratif, attributif, rétroactif?", *Repères*, février 2013 (accessible en ligne dans La référence).
- Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. 9. Montréal: Wilson & Lafleur, 1916.
- Carbonnier, Jean. *Droit civil*, vol. I, Paris, Quadrige/PUF, 2004.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et de Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009.
- Deslauriers, Jacques. *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2013.
- Dumais, Daniel. « La prescription », dans Collection de droit de l'École du Barreau du Québec, vol. 4, *Responsabilité*, Montréal, Yvon Blais, 2016, 219.
- Gervais, Céline. *La prescription*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009.
- Gidrol-Mistral, Gaële. « Publicité des droits et prescription acquisitive : des liaisons dangereuses? » (2016), 46 *R.G.D.* 303.
- Kasirer, Nicholas. « Portalis Now », dans Nicholas Kasirer, dir., *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Thémis, 2003, 1.
- Laflamme, Lucie, Marie Galarneau et Pierre Duchaine. *L'examen des titres immobiliers*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2007.
- Lambert, Édith. *La prescription (Art. 2875 à 2933 C.c.Q.)*, coll. Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Lametti, David. « Prescription à la recherche du temps : In Search of Past Time (or Recognition of Things Past) », dans Marie-France Bureau et Mathieu Devinat, dir., *Les livres du Code civil du Québec*, Sherbrooke, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2012, 267.
- Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 7<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.
- Lamontagne, Denys-Claude. *Droit de la vente*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005.
- Martineau, Pierre. *La Prescription*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977.
- Mayrand, Albert. « Bonne foi et prescription par tiers acquéreur » (1942), 2 *R. du B.* 9.
- Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. II, vol. II, *Biens : Droit de propriété et ses démembrements*, 8<sup>e</sup> éd. par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1994.
- McCann, Julie. « Commentaire sur la décision *De Repentigny c. Fortin (Succession de)* — L'acquisition de la propriété par prescription décennale : effet déclaratif, attributif, rétroactif? », *Repères*, février 2013 (accessible en ligne dans La référence).
- Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916.
- Normand, Sylvio. *Introduction au droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014.

- Normand, Sylvio. *Introduction au droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2014.
- Pineau, Jean. “Le nouveau Code civil et les intentions du législateur”, dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*. Montréal: Thémis, 2003, 3.
- Pratte, Pierre. “Chronique — Le jugement en prescription acquisitive immobilière: déclaratif ou attributif?”, *Re-pères*, octobre 2012 (available online in La référence).
- Pratte, Pierre. “La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d’un immeuble” (2014), 73 *R. du B.* 509.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 36, n<sup>o</sup> 82, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 2 juin 2000, p. 51-52 et 69.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 36, n<sup>o</sup> 101, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 7 novembre 2000, p. 24.
- Québec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, t. 2, *Commentaries*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Rémillard, Gil. “Présentation du projet de Code civil du Québec” (1991), 22 *R.G.D.* 5.
- Tancelin, Maurice. “L’acte unilatéral en droit des obligations ou l’unilatéralisation du contrat”, dans Nicholas Kasirer, dir., *La Solitude en droit privé*. Montréal: Thémis, 2002, 213.
- Vincelette, Denis. *En possession du Code civil du Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004.
- Pineau, Jean. « Le nouveau Code civil et les intentions du législateur », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 3.
- Pratte, Pierre. « Chronique — Le jugement en prescription acquisitive immobilière : déclaratif ou attributif? », *Re-pères*, octobre 2012 (accessible en ligne dans La référence).
- Pratte, Pierre. « La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d’un immeuble » (2014), 73 *R. du B.* 509.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 36, n<sup>o</sup> 82, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 2 juin 2000, p. 51-52 et 69.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 36, n<sup>o</sup> 101, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 7 novembre 2000, p. 24.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 2, *Commentaires*, Québec, Éditeur officiel, 1978.
- Rémillard, Gil. « Présentation du projet de Code civil du Québec » (1991), 22 *R.G.D.* 5.
- Tancelin, Maurice. « L’acte unilatéral en droit des obligations ou l’unilatéralisation du contrat », dans Nicholas Kasirer, dir., *La Solitude en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, 213.
- Vincelette, Denis. *En possession du Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Savard and Schrager JJ.A. and Jacques J. (*ad hoc*)), 2015 QCCA 1368, [2015] AZ-51208986, [2015] J.Q. n<sup>o</sup> 7834 (QL), 2015 CarswellQue 7807 (WL Can.), affirming a decision of Dumas J., 2013 QCCS 5808, [2013] AZ-51020921, [2013] J.Q. n<sup>o</sup> 16027 (QL), 2013 CarswellQue 11635 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

*Eric Lalanne*, for the appellants.

*Philippe Dumaine and Sarah Laplante Bazzi*, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Savard et Schrager et le juge Jacques (*ad hoc*)), 2015 QCCA 1368, [2015] AZ-51208986, [2015] J.Q. n<sup>o</sup> 7834 (QL), 2015 CarswellQue 7807 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Dumas, 2013 QCCS 5808, [2013] AZ-51020921, [2013] J.Q. n<sup>o</sup> 16027 (QL), 2013 CarswellQue 11635 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Eric Lalanne*, pour les appelants.

*Philippe Dumaine et Sarah Laplante Bazzi*, pour l’intimée.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. delivered by

GASCON J. —

### I. Overview

[1] This appeal highlights the occasional friction between acquisitive prescription and the apparent certainty of entries in the land register. Like any other source of friction between two or more parts of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.” or “Code”), this one must be resolved by adopting the solution that accords best with the general scheme of the *Code*, but without singling out one of its articles at the expense of others. The concern here is with the consistency of the *Code*, which is unquestionably one of its fundamental characteristics.

[2] The parties are owners of contiguous lots on which their respective chalets are located. Between 1994 and 2011, the respondent, Ms. Allie, and her family used one or two parking spaces situated on the property of their then neighbour in full view of everyone, and there was no objection to their doing so. In 2011, the appellants, Mr. Ostiguy and Ms. Savard, purchased this neighbouring lot. A few months after taking possession of their property, they applied for an injunction to stop the respondent from parking on it. The respondent replied that she had acquired the two parking spaces by 10-year prescription. The trial judge agreed with her in part, holding that the evidence showed that she had acquired by prescription one of the two parking spaces she claimed.

[3] The appellants no longer contest the trial judge’s findings of fact regarding the status of the respondent’s possession. However, they do raise a question of law on which this appeal is based: Can acquisitive prescription be set up against a new owner whose title was registered in the land register before the possessor’s right was asserted in court?

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown a été rendu par

LE JUGE GASCON —

### I. Aperçu

[1] Ce pourvoi met en relief la tension qui existe parfois entre la prescription acquisitive et la certitude apparente des inscriptions contenues au registre foncier. Comme toute autre tension entre deux ou plusieurs parties du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. » ou « Code »), elle doit être résolue en favorisant la solution qui s’accorde le mieux avec l’économie générale du *Code*, en évitant d’isoler l’un de ses articles au détriment des autres. Il en va de la cohérence du *Code*, laquelle est sans contredit l’une de ses caractéristiques fondamentales.

[2] Les parties sont propriétaires de lots contigus où se trouvent leurs chalets respectifs. Entre 1994 et 2011, l’intimée, M<sup>me</sup> Allie, et sa famille utilisent sans objection, au vu et au su de tous, un ou deux espaces de stationnement situés sur le terrain de leur voisin de l’époque. En 2011, les appelants, M. Ostiguy et M<sup>me</sup> Savard, acquièrent ce lot voisin. Quelques mois après avoir pris possession de leur immeuble, ils déposent une demande d’injonction afin que l’intimée cesse de stationner son véhicule sur leur terrain. En réponse, celle-ci rétorque avoir acquis les deux espaces de stationnement par prescription décennale. Le juge de première instance lui donne partiellement raison; il confirme que, selon la preuve entendue, l’intimée a acquis par prescription l’un des deux stationnements revendiqués.

[3] Les appelants ne contestent plus les constats factuels du premier juge sur la qualité de la possession de l’intimée. Ils soulèvent néanmoins une question de droit qui est au cœur du présent pourvoi : une prescription acquise peut-elle être opposée à un nouveau propriétaire qui inscrit son titre au registre foncier avant que le possesseur ne revendique son droit devant les tribunaux?

[4] In the Court of Appeal, the majority answered this question in the affirmative and dismissed the appeal. The dissenting judge, on the other hand, would have allowed the appeal and confirmed the appellants' title.

[5] I would dismiss the appeal. The *Code* has not changed the process of acquisitive prescription, which may be set up against the registered owner regardless of when his or her right was registered. This conclusion is based on the legislative history of the provisions at issue and reflects the need for consistency between the relevant books of the *Code*. In contrast, the solution proposed by the appellants is based on a literal interpretation of art. 2918 *C.C.Q.* that would be incompatible with several provisions of the *Code*, that would result in inconsistencies the legislature could not have intended, and that must therefore be rejected.

## II. Background

[6] The facts of this case are no longer in dispute. They can be summarized briefly. In 1993, the respondent's predecessor in title, her deceased spouse, purchased the lot of which she is now the owner. From 1994 to 2011, their family had peaceful, continuous, public and unequivocal possession of one of four parking spaces located on their neighbour's lot. Between 2004 and 2011, after the space had been acquired by 10-year prescription, the respondent nevertheless did not bring legal proceedings to have her right recognized.

[7] The appellants acquired this neighbouring lot in 2011 by act of sale. Relying on their title, which was registered in the land register, they moved quickly to send the respondent a formal notice to stop parking on their property. A few months later, they applied for an injunction to the same effect. The respondent objected to that application. She filed a cross demand, arguing that she had acquired not one but two of the parking spaces by 10-year prescription and that that acquisition took precedence over the appellants' title.

[4] La majorité de la Cour d'appel a répondu à cette question par l'affirmative et a rejeté l'appel. Le juge dissident aurait plutôt accueilli l'appel et confirmé le titre de propriété des appelants.

[5] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Le *Code* n'a pas changé les modalités de la prescription acquisitive, qui reste opposable au propriétaire inscrit au registre foncier peu importe le moment de cette inscription. Cette conclusion ressort de l'historique législatif des dispositions en cause et respecte la cohérence des livres pertinents du *Code*. À l'inverse, la solution préconisée par les appelants repose sur une interprétation littérale de l'art. 2918 *C.c.Q.* qui serait incompatible avec plusieurs dispositions du *Code*, qui résulterait en des incohérences que le législateur n'a pu souhaiter, et qui, par conséquent, doit être écartée.

## II. Contexte

[6] Le contexte factuel du pourvoi n'est plus remis en question. Il se résume succinctement. En 1993, l'auteur de l'intimée, son défunt conjoint, acquiert le lot dont elle est aujourd'hui propriétaire. De 1994 à 2011, leur famille possède de façon paisible, continue, publique et non équivoque l'un des quatre espaces de stationnement situés sur le lot de leur voisin. Entre 2004 et 2011, une fois la prescription décennale acquise, l'intimée n'entreprend toutefois pas de recours judiciaire pour faire reconnaître son droit.

[7] Les appelants acquièrent ce lot voisin en 2011 par acte de vente. Forts de leur titre publié au registre foncier, ils mettent alors rapidement l'intimée en demeure de cesser de stationner son véhicule sur leur terrain. Quelques mois plus tard, ils déposent une demande d'injonction au même effet. L'intimée s'oppose à cette demande. Elle se porte demanderesse reconventionnelle et soutient avoir acquis non pas un mais bien deux des espaces de stationnement par prescription décennale, laquelle aurait préséance sur le titre des appelants.

### III. Judicial History

#### A. *Quebec Superior Court (2013 QCCS 5808)*

[8] The trial judge found that the respondent and her predecessor in title had had effective possession of one parking space on the appellants' lot for 10 years. The respondent had in that way acquired ownership of the space in question by prescription. The judge therefore declared her to be the sole owner of the parking space and ordered that the judgment be registered in the land register.

#### B. *Quebec Court of Appeal (2015 QCCA 1368)*

[9] All three judges of the Court of Appeal adopted the trial judge's findings of fact regarding the respondent's effective possession. However, they were divided on whether that possession could be set up against the appellants.

(1) Majority Reasons of Savard and Schragger J.J.A.

[10] Savard J.A., writing for the majority, concluded that the respondent's possession could be set up against the appellants. She mentioned that there is some debate among academic authors and in the case law about whether a judgment under art. 2918 *C.C.Q.* recognizes or grants a right of ownership. However, she found that this issue was not relevant in the context of the appeal. Neither art. 2918 nor the *Code* as a whole had changed the principles with respect to acquisitive prescription that had applied under the *Civil Code of Lower Canada* ("*C.C.L.C.*"), according to which possession could be set up against an owner whose title was registered in the land register.

[11] Savard J.A. noted that a possessor can acquire rights by prescription without a title, even if in bad faith. Accordingly, the presumptions of knowledge and of the existence of a right published in the land register, set out in arts. 2943 and 2944 *C.C.Q.*, can at best serve to prove bad faith on the respondent's part. They do not, however, change how prescription is acquired and may be rebutted by proof to the contrary, as provided for in art. 2847 *C.C.Q.*

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure du Québec (2013 QCCS 5808)*

[8] Le juge de première instance conclut de la preuve que l'intimée et son auteur ont eu la possession utile d'un espace de stationnement situé sur le lot des appelants pendant 10 ans. L'intimée en a par le fait même acquis la propriété par prescription. Le juge la déclare donc seule et unique propriétaire de cet espace de stationnement et ordonne la publication du jugement au registre foncier.

#### B. *Cour d'appel du Québec (2015 QCCA 1368)*

[9] Les trois juges de la Cour d'appel entérinent les constats factuels du premier juge sur la possession utile de l'intimée. Ils se divisent cependant sur l'opposabilité de cette possession envers les appelants.

(1) Opinion majoritaire des juges Savard et Schragger

[10] La juge Savard, pour la majorité, conclut que la possession de l'intimée est opposable aux appelants. Elle note qu'il existe une controverse jurisprudentielle et doctrinale à savoir si le jugement visé à l'art. 2918 *C.c.Q.* reconnaît ou attribue un droit de propriété. Elle considère cependant que cette question n'est pas pertinente pour les fins du pourvoi. Ni cet article ni le *Code* n'ont changé le régime de la prescription acquisitive qui prévalait sous le *Code civil du Bas-Canada* (« *C.c.B.-C.* ») et en vertu duquel la possession est opposable au propriétaire inscrit au registre foncier.

[11] La juge Savard note que le possesseur peut prescrire sans titre, même s'il est de mauvaise foi. Ainsi, les présomptions de connaissance et d'existence d'un droit publié au registre foncier, énoncées aux art. 2943 et 2944 *C.c.Q.*, permettent au mieux de conclure à la mauvaise foi de l'intimée. Elles n'altèrent toutefois pas les modalités d'acquisition de la prescription et peuvent être repoussées par une preuve contraire suivant l'art. 2847 *C.c.Q.*

[12] Savard J.A. observed that acquisitive prescription makes it possible to prove the existence of a right of ownership, whereas the role of land registration is limited to deciding between competing successors to the same predecessor in title (art. 2946 *C.C.Q.*) and to the ranking of security interests, but is no guarantee of title. She noted that the appellants' argument would lead to an irrebuttable presumption of the existence of published rights in respect of any immovable, thereby giving the land register a probative value greater than the legislature had intended to give it in the initial version of the *Code*, which had limited this presumption to immatriculated immovables (art. 2944 para. 2 *C.C.Q.*, since repealed (2000, c. 42, s. 15)). It was in the context of the reform of the land register, which has since been abandoned, that the initial version of art. 2918 *C.C.Q.* was enacted, and it, too, drew a distinction between immatriculated and non-immatriculated immovables.

[13] Savard J.A. was also of the opinion that the appellants' argument would resurrect art. 2962 *C.C.Q.*, which had been enacted as part of the same reform but had since been repealed (2000, c. 42, s. 19), and which had protected rights in an immatriculated immovable that were acquired in good faith. She acknowledged that acquisitive prescription can sometimes come as a surprise, but noted that it is not open to the courts to interfere with the legislature's choices in this regard.

[14] In Savard J.A.'s view, the solution proposed by the appellants was inconsistent with art. 2957 *C.C.Q.*, which provides that the publication of rights does not interrupt prescription. This solution would also lead to the untenable conclusion that the possessor had waived prescription simply by failing to bring a judicial application upon the expiry of the 10-year period. In addition, advance registration of a judicial application would be of no assistance, given that the possessor is generally unaware that his or her right may be contested. Finally, art. 2946 *C.C.Q.* did not apply in this case, because the parties did not hold their title from the same predecessor.

[15] Savard J.A. concluded that the legislature did not, in enacting art. 2918 *C.C.Q.*, intend to fundamentally change the principles applicable to

[12] La juge Savard rappelle que la prescription acquisitive permet de prouver l'existence du droit de propriété, alors que la publicité foncière se limite à départager les ayants cause d'un même auteur (art. 2946 *C.c.Q.*) et à établir le rang des sûretés, sans garantir les titres. Elle note que la thèse des appelants établirait une présomption irréfragable de l'existence des droits publiés à l'égard de tout immeuble, ce qui conférerait au registre foncier une force probante supérieure à celle que le législateur voulait lui donner dans la version initiale du *Code*, laquelle limitait cette présomption aux seuls immeubles immatriculés (art. 2944 al. 2 *C.c.Q.*, maintenant abrogé (2000, c. 42, art. 15)). C'est dans le contexte de la réforme du registre foncier, désormais abandonnée, que la version initiale de l'art. 2918 *C.c.Q.* a été adoptée, laquelle distinguait aussi entre immeubles immatriculés et non immatriculés.

[13] De la même façon, la juge Savard est d'avis que la thèse des appelants ferait renaître l'art. 2962 *C.c.Q.*, adopté au cours de la même réforme mais abrogé depuis (2000, c. 42, art. 19), qui protégeait les droits acquis de bonne foi sur un immeuble immatriculé. Elle reconnaît que la prescription acquisitive peut parfois étonner, mais elle rappelle qu'il ne revient pas aux tribunaux de modifier les choix du législateur à cet égard.

[14] Selon la juge Savard, la solution proposée par les appelants est incompatible avec l'art. 2957 *C.c.Q.*, qui prévoit que la publicité des droits n'interrompt pas la prescription. Elle mènerait de plus à l'impossible conclusion que le possesseur aurait renoncé à la prescription par le seul défaut d'instituer une demande en justice dès le délai de 10 ans révolu. En outre, la préinscription d'un recours en justice n'est d'aucune utilité puisque le possesseur ignore généralement que son droit est susceptible d'être contesté. Enfin, l'art. 2946 *C.c.Q.* ne s'applique pas en l'espèce, puisque les parties ne tiennent pas leur titre du même auteur.

[15] La juge Savard conclut que le législateur n'a pas voulu, par le biais de l'art. 2918 *C.c.Q.*, changer fondamentalement le régime de la prescription

acquisitive prescription. A possessor is not therefore required to take legal action upon the expiry of the 10-year period. In closing, she noted that the respondent was not a concealed third party, as there were signs that could have shown the appellants, when they purchased the property, that the respondent was using a parking space on it.

(2) Dissenting Reasons of Jacques J. (*ad hoc*)

[16] Jacques J., on the other hand, was of the opinion that the need for stability of real estate transactions means that the respondent must not be able to set up her possession against the appellants. In his view, the primary purpose of acquisitive prescription is to protect the true right of ownership by making it easier to prove; it does not allow a [TRANSLATION] “usurper” to strip an owner of rights unless the owner has not exercised due diligence. In short, its purpose is above all to correct defects of title, not to confer a right upon a “squatter”.

[17] Jacques J. argued that the right to prescribe acquired by the respondent in 2004 is distinct from the real right she was seeking, which can be obtained only upon a judicial application under art. 2918 *C.C.Q.* In his opinion, the judgment resulting from that application is an essential condition for acquiring ownership by prescription. It thus grants a right of ownership, as is confirmed by the language of that article and of arts. 805 and 806 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (“*C.C.P.*”), and by certain commentators and judicial decisions. The retroactive effect sought by the respondent would be contrary to s. 50 of the *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, and would make it impossible for third parties to rely on the land register.

[18] Jacques J. found that acquisitive prescription is subject to the publication of rights under art. 2938 *C.C.Q.*; the respondent thus had to publish her right to be able to set it up against others. In his view, she could also have registered her application in advance (art. 2966 *C.C.Q.*), which would have made a judgment in her favour retroactive to the date of the advance registration and capable of being set up as of that date (art. 2968 *C.C.Q.*). Thus, although registering in advance is not mandatory, anyone who

acquisitive. Il n’est donc pas nécessaire pour le possesseur de se pourvoir en justice dès le délai de 10 ans acquis. Elle précise en terminant que l’intimée n’est pas un tiers occulte, puisque certains indices pouvaient montrer aux appelants, au moment de l’acquisition de l’immeuble, que l’intimée utilisait un stationnement sur leur terrain.

(2) Opinion dissidente du juge Jacques (*ad hoc*)

[16] Le juge Jacques est plutôt d’avis que la stabilité des transactions immobilières requiert que la possession de l’intimée soit inopposable aux appelants. Pour lui, la prescription acquisitive vise d’abord à protéger le véritable droit de propriété en facilitant sa preuve; elle ne permet à un « usurpateur » de dépouiller un propriétaire que si ce dernier n’a pas fait preuve de diligence. Bref, elle est surtout utile pour corriger des vices de titres, pas pour conférer un droit à un « squatter ».

[17] Selon le juge Jacques, le droit de prescrire acquis par l’intimée dès 2004 est distinct du droit réel convoité, lequel ne peut être obtenu qu’après la demande en justice visée à l’art. 2918 *C.c.Q.* À son avis, le jugement résultant de cette demande est une condition essentielle pour acquérir la propriété par prescription. Il est donc attributif d’un droit de propriété, ce que confirment le libellé de l’article, les art. 805 et 806 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« *C.p.c.* »), de même que certains auteurs et décisions judiciaires. La rétroactivité que demande l’intimée irait à l’encontre de l’art. 50 de la *Loi d’interprétation*, RLRQ, c. I-16, et empêcherait les tiers de se fier au registre foncier.

[18] Le juge Jacques estime que la prescription acquisitive est soumise à la publicité des droits aux termes de l’art. 2938 *C.c.Q.*; l’intimée devait donc publier son droit pour qu’il soit opposable. Selon lui, elle pouvait également préinscrire sa demande (art. 2966 *C.c.Q.*), ce qui aurait fait rétroagir tout jugement obtenu en sa faveur à la date de la préinscription et l’aurait dès lors rendu opposable (art. 2968 *C.c.Q.*). Ainsi, bien que la préinscription ne soit pas obligatoire, celui qui omet de s’en prévaloir risque



fails to do so risks losing his or her right. In this respect, the possessor has no more rights than any other holder of an immovable real right. The onus is on the possessor to verify his or her title and exercise due diligence to correct any defect that might affect it.

[19] In Jacques J.'s opinion, acquisitive prescription could not be set up against the appellants, who had not been negligent and would be left without recourse. Financial institutions would also see their security diminished and they, too, would have no recourse, a situation that could have been prevented had the respondent's application been registered in advance. A finding against the appellants, who had relied on their title in good faith, would make the land register practically worthless. Moreover, art. 2962 *C.C.Q.* had been repealed for a technical reason related to a change to the concept of immatriculation; the repeal did not preclude the application of the theory of "apparent rights" (*droits apparents*), which was already recognized in Quebec law.

[20] Jacques J. concluded that the appellants were third parties in relation to the respondent. Their rights would prevail over hers pursuant to arts. 2945 and 2946 *C.C.Q.*, as they had been published in a timely manner. The respondent, on the other hand, was [TRANSLATION] "a concealed third party who [came] out of nowhere" (para. 141 (CanLII)), and her position was in direct conflict with the applicable provisions on the publication of rights. It would make no sense if the unpublished rights of an acquirer by prescription could be set up against third parties but those of an acquirer by act of sale could not.

#### IV. Issue

[21] According to the trial judge's findings of fact, the respondent and her predecessor had peaceful, continuous, public and unequivocal possession of the parking space at issue from 1994 to 2011. Given that this effective possession satisfies the requirements of the *Code*, the only remaining issue is whether prescription that has already been acquired can be set up against a new owner who registers his or her title in the land register before the possessor takes legal action.

de perdre son droit. Le possesseur n'a pas à cet égard plus de droits que tout autre détenteur de droit réel immobilier. Il lui incombe de vérifier son titre et d'agir avec diligence pour corriger tout vice qui pourrait l'affecter.

[19] Pour le juge Jacques, la prescription acquisitive ne saurait opérer contre les appelants qui n'ont fait preuve d'aucune négligence et resteraient sans recours. Les institutions financières verraient également leur garantie diminuer sans aucun recours, ce que la préinscription de la demande de l'intimée aurait permis de prévenir. Débouter les appelants qui se sont fiés de bonne foi à leur titre donnerait au registre foncier une valeur négligeable. Par ailleurs, l'abrogation de l'art. 2962 *C.c.Q.* s'expliquerait de façon technique par la modification de la notion d'immatriculation; elle n'empêcherait pas l'application de la théorie des droits apparents que reconnaît déjà le droit québécois.

[20] Le juge Jacques conclut que les appelants sont des tiers par rapport à l'intimée. Ils auraient préséance sur celle-ci en vertu des art. 2945 et 2946 *C.c.Q.*, ayant publié leurs droits en temps utile. L'intimée serait quant à elle « un tiers occulte qui sort de nulle part » (par. 141 (CanLII)), et sa position heurterait de plein fouet les dispositions applicables en matière de publicité des droits. Il serait illogique que les droits non publiés d'un acquéreur par prescription soient opposables et que ceux d'un acquéreur par acte de vente ne le soient pas.

#### IV. Question en litige

[21] Selon les conclusions factuelles du juge de première instance, l'intimée et son auteur ont eu la possession paisible, continue, publique et non équivoque de l'espace de stationnement en litige de 1994 à 2011. Compte tenu de cette possession utile conforme aux exigences du *Code*, la seule question qui subsiste consiste à déterminer si une prescription déjà acquise peut être opposée à un nouveau propriétaire qui inscrit son titre au registre foncier avant que le possesseur n'agisse en justice.

## V. Analysis

[22] First of all, it should be mentioned that the parties on each side in this case have a legitimate right to assert. The appellants acquired their title legally, by act of sale. The respondent's effective possession of one of the parking spaces on her neighbours' lot is recognized and is just as legitimate. In light of the evidence accepted by the trial judge, and contrary to the suggestion of the dissenting judge in the Court of Appeal, the respondent cannot be described as a concealed third party, a usurper or a "squatter".

[23] It is also important to mention that the completeness of the right of ownership is not at issue in this appeal. The Court is not being asked to determine the substance or the limits of that right, but to clarify the operation of one of the means for acquiring it. In the end, the right of ownership is just as absolute regardless of whether it is found to be held by the appellants or by the respondent.

[24] What must be done in order to determine which of the parties should prevail is to define the respective roles of acquisitive prescription and the publication of rights in Quebec civil law, and then to interpret and apply the relevant provisions of the *Code*, taking into account its overall scheme and its consistency. An analysis in this regard persuades me that the solution adopted by the majority of the Court of Appeal is the one that should prevail here. In light of the provisions of the four books of the *Code* that interact in this case (namely the books on Property, Obligations, Prescription, and Publication of Rights), I find that the acquisitive prescription claimed by the respondent with regard to the parking space at issue must prevail over the title registered by the appellants in the land register.

### A. *Acquisitive Prescription in Quebec Civil Law*

[25] Acquisitive prescription was once described as the patron of humankind (A. Mayrand, "Bonne foi et prescription par tiers acquéreur" (1942), 2 *R. du B.* 9, at p. 9). The drafters of the *Code Napoléon*, from which the drafters of the *C.C.L.C.* borrowed

## V. Analyse

[22] D'emblée, il convient de souligner que les parties au litige ont de part et d'autre un droit légitime à faire valoir. Les appelants ont acquis leur titre de façon régulière, par acte de vente. La possession utile de l'intimée d'un des stationnements du lot de ses voisins est reconnue et tout aussi légitime. Devant la preuve retenue par le premier juge, et contrairement à ce que suggère le juge dissident en Cour d'appel, on ne saurait qualifier l'intimée de tiers occulte, d'usurpateur ou de « squatter ».

[23] Il importe aussi de noter que la plénitude du droit de propriété n'est pas remise en question dans ce pourvoi. La Cour n'est pas appelée à déterminer le contenu ou les limites de ce droit, mais à plutôt préciser le fonctionnement de l'un de ses modes d'acquisition. Au final, le droit de propriété reste tout aussi absolu, qu'il soit reconnu aux appelants ou à l'intimée.

[24] Pour déterminer laquelle des parties doit avoir préséance, il faut cerner les rôles respectifs de la prescription acquisitive et de la publicité des droits en droit civil québécois, puis interpréter et appliquer les dispositions pertinentes du *Code* en tenant compte de son économie générale et de sa cohérence. Cette analyse me convainc que la solution retenue par la majorité de la Cour d'appel est celle qui doit prévaloir ici. Au regard des dispositions des quatre livres du *Code* qui interagissent en l'espèce (soit ceux Des biens, Des obligations, De la prescription et De la publicité des droits), je conclus que la prescription acquisitive que revendique l'intimée au regard de l'espace de stationnement en litige a préséance sur le titre inscrit par les appelants au registre foncier.

### A. *La prescription acquisitive en droit civil québécois*

[25] La prescription acquisitive était autrefois décrite comme la patronne du genre humain (A. Mayrand, « Bonne foi et prescription par tiers acquéreur » (1942), 2 *R. du B.* 9, p. 9). Les rédacteurs du *Code Napoléon*, dont le *C.c.B.-C.* s'est largement

heavily, even considered that among civil law institutions, acquisitive prescription was [TRANSLATION] “the most necessary for social order”, finding that without its capacity for legalizing situations resulting from possession, “everything would be uncertain and confused” (F. J. J. Bigot de Préame-neu, “Motifs exposés au Corps législatif sur la loi, titre XX, livre III du Code civil, relative à la Prescription”, in *Recueil des lois composant le Code civil* (1804), vol. 9, 26, at pp. 27-29).

[26] Although the primary function of acquisitive prescription is to ensure the stability of property rights by helping true owners prove their rights, it also enables third parties to acquire property by the lapse of time in accordance with the conditions established by law (P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien* (1916), vol. 9, at p. 336; P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2nd ed. 2007), at paras. 2487-89). The identification of its main elements requires a review of the provisions of two books of the *Code*: Book Four, Property, and Book Eight, Prescription.

[27] In the *Code*, acquisitive prescription is recognized as a “means of acquiring a right of ownership, or one of its dismemberments, through the effect of possession” (art. 2910 *C.C.Q.*). However, this possession must “confor[m] to the conditions set out in the Book on Property” (art. 2911 *C.C.Q.*). The possessor must prove the exercise in fact of the right in question and the intention of exercising it as the holder of the right, which intention is presumed (art. 921 *C.C.Q.*). His or her possession must be “peaceful, continuous, public and unequivocal” in order to produce effects (art. 922 *C.C.Q.*). Because of its public nature, the possession on which prescription is based is necessarily [TRANSLATION] “a material fact that is openly displayed” (P. Martineau, *La Prescription* (1977), at p. 119). In contrast, [TRANSLATION] “[p]ossession that is (objectively) secret or concealed does not aid in establishing prescription, as there is no apparent encroachment” (D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (7th ed. 2013), at p. 470 (footnote omitted)).

[28] The *Code* attributes many effects to possession. Thus, a possessor is presumed to hold a real right he or she is exercising (art. 928 *C.C.Q.*), and

inspiré, la considéraient même comme l’institution du droit civil « la plus nécessaire à l’ordre social », jugeant que sans sa capacité à normaliser les états de fait découlant de la possession, « tout serait incertitude et confusion » (F. J. J. Bigot de Préame-neu, « Motifs exposés au Corps législatif sur la loi, titre XX, livre III du Code civil, relative à la Prescription », dans *Recueil des lois composant le Code civil* (1804), vol. 9, 26, p. 27-29).

[26] Si la fonction première de la prescription acquisitive est d’assurer la stabilité des droits de propriété en aidant le véritable propriétaire à prouver son droit, elle permet aussi à un tiers d’acquérir un bien par l’écoulement du temps, aux conditions fixées par la loi (P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien* (1916), t. 9, p. 336; P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2<sup>e</sup> éd. 2007), par. 2487-2489). Pour en cerner les paramètres, il faut tenir compte des dispositions de deux livres du *Code*, soit le livre quatrième, Des biens, et le livre huitième, De la prescription.

[27] Le *Code* reconnaît la prescription acquisitive comme un « moyen d’acquérir le droit de propriété ou l’un de ses démembrements, par l’effet de la possession » (art. 2910 *C.c.Q.*). Cette possession doit par contre être « conforme aux conditions établies au livre Des biens » (art. 2911 *C.c.Q.*). Le possesseur doit prouver l’exercice de fait du droit convoité et la volonté d’exercer ce droit en tant que titulaire, laquelle est présumée (art. 921 *C.c.Q.*). Sa possession doit être « paisible, continue, publique et non équivoque » pour produire ses effets (art. 922 *C.c.Q.*). De par son caractère public, la possession qui permet de fonder une prescription est nécessairement « un fait matériel qui se manifeste ouvertement » (P. Martineau, *La Prescription* (1977), p. 119). À l’inverse, « [l]a possession clandestine, occulte (objectivement), n’est pas utile à la prescription, faute d’empiètement apparent » (D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (7<sup>e</sup> éd. 2013), p. 470 (note en bas de page omise)).

[28] Le *Code* attribue de multiples effets à la possession. Le possesseur est ainsi présumé titulaire du droit réel qu’il exerce (art. 928 *C.c.Q.*); il en devient

possession vests the possessor with the right in question if he or she complies with the rules on prescription (art. 930 *C.C.Q.*). A possessor claiming ownership of an immovable must show that he or she has possessed it as an owner for at least 10 years (arts. 2917 and 2918 *C.C.Q.*). Possessors may, for this purpose, join to their possession that of their predecessors (art. 2912 *C.C.Q.*). They must also obtain a judgment confirming the right so acquired (art. 2918 *C.C.Q.*; arts. 805 and 806 *C.C.P.*; new *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, art. 468). There is some debate over whether the effect of such a judgment is to recognize a right of ownership that has already been acquired or to grant such a right. I will return to this point after discussing the role of the publication of rights under the *Code*.

#### B. *Publication of Rights in Quebec Civil Law*

[29] Unlike prescription, the publication of rights, the subject of Book Nine of the *Code*, [TRANSLATION] “plays no part in the process of creating rights” (F. Brochu, “Critique d’une réforme cosmétique en matière de publicité foncière” (2003), 105 *R. du N.* 761, at p. 783). Professor Gidrol-Mistral notes that [TRANSLATION] “publication does not have the effect of creating a right, nor does it even consolidate one by purging it of its defects” (G. Gidrol-Mistral, “Publicité des droits et prescription acquisitive: des liaisons dangereuses?” (2016), 46 *R.G.D.* 303, at p. 316). The role of publication is limited to allowing rights to be set up against third persons, establishing their rank and, where the law so provides, giving them effect (art. 2941 *C.C.Q.*). The land register also makes it possible to decide between the rights of two persons who have acquired their titles of ownership from the same predecessor in title (art. 2946 *C.C.Q.*).

[30] The current provisions are so clearly rooted in those of the *C.C.L.C.* that it can be said that the role of the publication of rights did not change significantly with the enactment of the *Code* (arts. 2082, 2089 and 2098 *C.C.L.C.*). This is confirmed by the recent history of the provisions on the publication of rights.

titulaire s’il se conforme aux règles de la prescription (art. 930 *C.c.Q.*). À ce chapitre, le possesseur qui revendique la propriété d’un immeuble doit démontrer qu’il l’a possédé à titre de propriétaire pendant au moins 10 ans (art. 2917 et 2918 *C.c.Q.*). Il peut, à cette fin, joindre sa possession à celle de son auteur (art. 2912 *C.c.Q.*). Il doit également obtenir un jugement afin de confirmer le droit ainsi acquis (art. 2918 *C.c.Q.*; art. 805 et 806 *C.p.c.*; nouveau *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 468). Il existe une certaine controverse à savoir si ce jugement a pour effet de reconnaître un droit de propriété déjà acquis, ou d’attribuer ce droit. J’y reviendrai après avoir cerné le rôle de la publicité des droits aux termes du *Code*.

#### B. *La publicité des droits en droit civil québécois*

[29] Contrairement à la prescription, la publicité des droits, dont traite le livre neuvième du *Code*, « n’intervient pas dans le processus de création des droits » (F. Brochu, « Critique d’une réforme cosmétique en matière de publicité foncière » (2003), 105 *R. du N.* 761, p. 783). La professeure Gidrol-Mistral rappelle que « la publicité n’a pas pour effet de constituer le droit, ni même de le consolider en le purgeant de ses vices » (G. Gidrol-Mistral, « Publicité des droits et prescription acquisitive : des liaisons dangereuses? » (2016), 46 *R.G.D.* 303, p. 316). Le rôle de la publicité se limite à rendre les droits opposables aux tiers, à établir leur rang et, lorsque la loi le prévoit, à leur donner effet (art. 2941 *C.c.Q.*). Le registre foncier permet aussi de départager les droits de deux personnes ayant acquis leur titre de propriété d’un même auteur (art. 2946 *C.c.Q.*).

[30] Il existe une parenté certaine entre les dispositions actuelles et celles qui existaient sous le *C.c.B.-C.*, de sorte que l’on peut affirmer que le rôle de la publicité des droits n’a pas changé de façon significative à la suite de l’adoption du *Code* (art. 2082, 2089 et 2098 *C.c.B.-C.*). Un examen de l’évolution récente des dispositions relatives à la publicité des droits le confirme.

[31] In 1977, the Civil Code Revision Office (“C.C.R.O.”) — the body responsible for reviewing and recodifying the *C.C.L.C.* — had initially proposed to the Quebec legislature “a substantial modification in procedures and in the consequences of the publication of immovable rights” (Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. II, t. 2, *Commentaries*, at p. 923).

[32] The primary purpose of this reform would be to reorganize the registry offices and computerize the registers (*ibid.*, at pp. 924 and 927-28). It would be accompanied by a significant legal reform based on one cardinal principle:

. . . that every person should be able to rely on the registers as they stand at any given time, in the belief that what is recorded there is true, that nothing else can be set up against him except what is recorded there, and that nothing that might be entered afterwards will take priority or have any prejudicial effect on what is already published. This principle can be described simply as “absolute confidence” in the titles. [Emphasis added; *ibid.*, at p. 926.]

The C.C.R.O. was proposing that the land register be given absolute probative value, drawing its inspiration in this regard from the German and Swiss systems (M. Cantin Cumyn, “Les principaux éléments de la révision des règles de la prescription” (1989), 30 *C. de D.* 611, at p. 622).

[33] The Quebec legislature originally followed these recommendations for the most part in enacting the new *Code* in 1991 by, for example, giving absolute probative value to a registration regarding an immatriculated immovable that had been published for 10 years:

**2944.** Registration of a right in the register of personal and movable real rights or the land register carries, in respect of all persons, simple presumption of the existence of that right.

Registration in the land register of a right of ownership in an immovable that has been immatriculated carries the same irrefutable presumption of the existence of the right if not contested within ten years.

[31] En effet, en 1977, l’Office de révision du Code civil (« O.R.C.C. ») — qui était chargé de revoir et de recodifier le *C.c.B.-C.* — avait initialement suggéré au législateur québécois « une modification substantielle de la procédure et de l’effet de la publication des droits immobiliers » (Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. II, t. 2, *Commentaires*, p. 940).

[32] Cette réforme visait d’abord à restructurer les bureaux d’enregistrement des droits et à informatiser les registres (*ibid.*, p. 940 et 944). Elle s’accompagnait d’une réforme juridique considérable qui reposait sur un principe cardinal, soit

que toute personne puisse se fier aux registres tels qu’ils apparaissent à un moment donné, en pouvant croire que ce qui y est inscrit est vrai, que rien d’autre que ce qui y est inscrit ne lui est opposable et que rien de ce qui y sera inscrit dans la suite ne puisse avoir priorité ou emporter quelque effet préjudiciable sur ce qui est déjà publié. Ce principe peut être exprimé plus simplement par les mots « confiance absolue » dans les titres. [Je souligne; *ibid.*, p. 942.]

L’O.R.C.C. proposait de donner une valeur probante absolue au registre foncier en s’inspirant à cet égard des systèmes allemand et suisse (M. Cantin Cumyn, « Les principaux éléments de la révision des règles de la prescription » (1989), 30 *C. de D.* 611, p. 622).

[33] À l’origine, le législateur québécois a largement suivi ces recommandations lors de l’adoption du nouveau *Code* en 1991, en conférant par exemple une force absolue aux inscriptions publiées pendant 10 ans relativement à un immeuble immatriculé :

**2944.** L’inscription d’un droit sur le registre des droits personnels et réels mobiliers ou sur le registre foncier emporte, à l’égard de tous, présomption simple de l’existence de ce droit.

L’inscription sur le registre foncier d’un droit de propriété dans un immeuble qui a fait l’objet d’une immatriculation, si elle n’est pas contestée dans les dix ans, emporte de même présomption irrefragable de l’existence du droit.

[34] The legislature also codified the principle of public confidence proposed by the C.C.R.O. to the effect that third parties should be able to rely entirely on the land register:

**2962.** A person who acquires a real right in an immovable which has been immatriculated, relying in good faith on the entries in the registers, is secure in his right if it has been published.

[35] As can be seen from the words of these provisions, however, arts. 2944 para. 2 and 2962 *C.C.Q.* (both since repealed) applied only to immatriculated immovables. This limit stemmed from the legislature's intention, in light of the practical difficulties associated with the implementation of this reform, to prepare a progressive transition to the new publication of rights system. One by one, each immovable in the province was to be immatriculated, that is, its exact position was to be determined and a unique number was to be assigned to it in the cadastre (art. 3026 *C.C.Q.*). In addition, the *Code* provided that the rights concerning all immovables would be gradually catalogued and carried over to the new register (arts. 3046 to 3053 *C.C.Q.*, also since repealed).

[36] This exhaustive search for and characterization of existing rights was a necessary precondition for the attribution of absolute probative value to the land register, since it was to lead to the extinguishment of any uncatalogued rights, thereby ensuring the reliability of the remaining rights (art. 3046 para. 3 *C.C.Q.*, since repealed; G. Rémillard, "Présentation du projet de Code civil du Québec" (1991), 22 *R.G.D.* 5, at p. 68). This process would take time to complete, however, so the former publication of rights system was to remain in place for immovables that had not been immatriculated or for which the carry-over of rights had not yet taken place.

[37] But when this reform was implemented in 1994, the legislature ran into more serious difficulties than had been expected with regard to the immatriculation of all immovables and the exhaustive characterization of existing rights (Brochu, "Critique", at p. 764). It therefore decided, by means of the 1992

[34] Il a également codifié le principe de la foi publique proposé par l'O.R.C.C., lequel visait à permettre aux tiers de se fier entièrement au registre foncier :

**2962.** Celui qui acquiert un droit réel sur un immeuble qui a fait l'objet d'une immatriculation, en se fondant de bonne foi sur les inscriptions du registre, est maintenu dans son droit, si celui-ci a été publié.

[35] Comme leur libellé l'indique, ces art. 2944 al. 2 et 2962 *C.c.Q.* (aujourd'hui tous deux abrogés) ne s'appliquaient toutefois qu'aux immeubles immatriculés. Cette limite s'expliquait par la volonté du législateur, conscient des difficultés pratiques associées à la mise en œuvre de cette réforme, de planifier une transition progressive vers le nouveau régime de publicité des droits. Un à un, les immeubles de la province devaient être immatriculés, c'est-à-dire précisément situés et liés à un numéro unique sur le cadastre (art. 3026 *C.c.Q.*). En outre, le *Code* prévoyait que les droits concernant chacun de ces immeubles seraient progressivement catalogués et reportés sur le nouveau registre (art. 3046 à 3053 *C.c.Q.*, maintenant abrogés également).

[36] Cette recherche et cette qualification exhaustives des droits existants étaient une précondition nécessaire à l'attribution d'une force probante absolue au registre foncier, puisqu'elle devait permettre d'éteindre tout droit non répertorié et d'assurer ainsi la fiabilité des droits restants (art. 3046 al. 3 *C.c.Q.*, aujourd'hui abrogé; G. Rémillard, « Présentation du projet de Code civil du Québec » (1991), 22 *R.G.D.* 5, p. 68). Ce processus devait toutefois prendre du temps, et il fallait donc que l'ancien régime de publicité des droits subsiste à l'égard des immeubles non immatriculés ou pour lesquels le report des droits n'avait pas encore eu lieu.

[37] Dès l'entrée en vigueur de cette réforme en 1994, le législateur s'est cependant buté à des difficultés plus importantes que prévu en ce qui a trait à l'immatriculation de tous les immeubles et à la qualification exhaustive des droits existants (Brochu, « Critique », p. 764). Par la *Loi sur l'application*

*Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* and the amendments made to that Act in 1995, to suspend the effect of the main articles of the reform (including arts. 2944 para. 2 and 2962 C.C.Q., mentioned above) and [TRANSLATION] “extend . . . the application of the legal principles that had applied under the *Civil Code of Lower Canada*” (*ibid.*; *An Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, s. 155 para. 1; *An Act to amend the Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code and other legislative provisions as regards security and the publication of rights*, S.Q. 1995, c. 33).

[38] Six years later, in December 2000, the legislature realized that its reform would cost more than expected and would involve certain risks relating to the professional liability of notaries (Brochu, “Critique”, at p. 789). It therefore decided to concentrate on computerizing the existing land register and to drop the rest of the reform for good, simply repealing the provisions that had previously been suspended (*An Act to amend the Civil Code and other legislative provisions relating to land registration*, S.Q. 2000, c. 42). The record of the legislative debate speaks volumes in this regard:

[TRANSLATION] **Mr. Charbonneau (Pierre)**: The conclusions of the Auger report were along the following lines: to proceed as quickly as possible with computerizing the register on the basis of the law that has actually applied since 1995, that is, the old way of doing things, if you will, and to leave for another day the feasibility or opportunity studies on what had been contemplated for Phase II.

. . . And the bill is intended to reflect that situation. [Emphasis added.]

(Quebec, National Assembly, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 36, No. 82, 1st Sess., 36th Leg., June 2, 2000, at p. 52)

[39] In sum, although the legislature aspired, in 1991, to give the publication of rights a probative value that would create rights by means of, among others, arts. 2944 para. 2 and 2962 C.C.Q., it did

*de la réforme du Code civil* de 1992, puis par des modifications apportées à cette loi en 1995, il a donc décidé de suspendre l’effet des principaux articles de sa réforme (dont ces art. 2944 al. 2 et 2962 C.c.Q. déjà mentionnés) et de « reconduire [. . .] les principes juridiques en vigueur sous le régime du *Code civil du Bas Canada* » (*ibid.*; *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, art. 155 al. 1; *Loi modifiant, en matière de sûretés et de publicité des droits, la Loi sur l’application de la réforme du Code civil et d’autres dispositions législatives*, L.Q. 1995, c. 33).

[38] Six ans plus tard, en décembre 2000, le législateur a constaté que sa réforme coûterait plus cher que prévu et comporterait certains risques au niveau de la responsabilité professionnelle des notaires (Brochu, « Critique », p. 789). Il a alors décidé de se concentrer sur l’informatisation du registre foncier existant et d’abandonner définitivement le reste de sa réforme en abrogeant purement et simplement les dispositions déjà suspendues (*Loi modifiant le Code civil et d’autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42). Les débats législatifs de l’époque sont éloquentes à ce sujet :

**M. Charbonneau (Pierre)** : Les conclusions du rapport Auger allaient dans le sens suivant, c’est de procéder le plus rapidement possible à l’informatisation du registre sur la base du droit réellement applicable depuis 1995, à savoir l’ancienne façon de procéder, si on veut, et de reporter à plus tard les études de faisabilité ou d’opportunité quant à ce qui avait été imaginé pour la phase II.

. . . Et le projet de loi vise à traduire cette situation-là. [Je souligne.]

(Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 36, n° 82, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 2 juin 2000, p. 52)

[39] Somme toute, si le législateur a eu, en 1991, l’ambition de conférer à la publicité des droits une force probante constitutive de droit par le biais entre autres des art. 2944 al. 2 et 2962 C.c.Q., il

not carry the reform through to completion. In fact, it abandoned the reform in 2000 (Gidrol-Mistral, at pp. 307 and 314). In Professor Gidrol-Mistral's words, [TRANSLATION] "the abandonment of that reform . . . confirmed the traditional purely declarative role of publication" (p. 338) and put an end to the "dream of the publication of rights" (p. 340). In short, as regards the role of the publication of rights, despite initial intentions to do otherwise, the current version of the *Code* essentially restates the law as it stood under the *C.C.L.C.* (p. 315; Brochu, "Critique", at pp. 778 and 783). This background must be borne in mind in interpreting and applying the provisions of the *Code* on the basis of which the appellants assert that the respondent cannot set up against them unpublished rights resulting from her 10-year prescription.

*C. Interplay of Acquisitive Prescription and Publication of Rights*

[40] It can be seen from the foregoing analysis that, on the one hand, acquisitive prescription remains a recognized means of acquiring immovable real rights in Quebec civil law and that, on the other hand, the publication of rights system provided for in the *Code* retains the limited role it had under the *C.C.L.C.* In my opinion, the effect of these distinct roles is that rights validly acquired by prescription apply regardless of the rights registered in the land register.

(1) Prescription May Be Set Up Against a Third Party in the Absence of Publication

[41] In the context of the *C.C.L.C.*, the provisions of which resembled those of the *Code*, it was settled law that [TRANSLATION] "[t]o be set up against third parties, acquisition by prescription [did] not have to be registered" (Martineau, at p. 234; *Deschesnes v. Boucher*, [1961] B.R. 771, at p. 776; *Noiseux v. Savio* (1982), 27 R.P.R. 179 (C.A.)). Moreover, in his treatise on prescription, written when the *C.C.L.C.* was still in force, Professor Martineau contemplated a situation identical to the one in the instant case:

n'a pas mené à terme cette réforme. Il l'a de fait abandonnée en 2000 (Gidrol-Mistral, p. 307 et 314). Pour reprendre les propos de la professeure Gidrol-Mistral, « l'abandon de cette réforme [. . .] a consacré le rôle traditionnel purement déclaratif de la publicité » (p. 338) et mis fin au « rêve de la publicité des droits » (p. 340). Bref, en ce qui a trait au rôle de la publicité des droits, malgré des intentions initiales de faire autrement, la version actuelle du *Code* reprend essentiellement le droit antérieur prévalant sous le *C.c.B.-C.* (p. 315; Brochu, « Critique », p. 778 et 783). C'est sous cet éclairage qu'il faut interpréter et appliquer les dispositions du *Code* sur lesquelles les appelants se fondent pour affirmer que l'intimée ne peut leur opposer les droits non publiés découlant de sa prescription décennale.

*C. L'interaction entre la prescription acquisitive et la publicité des droits*

[40] De l'analyse qui précède, il ressort que, d'un côté, la prescription acquisitive reste un mode d'acquisition reconnu de droits réels immobiliers en droit civil québécois, et que, de l'autre côté, le régime de la publicité des droits prévu au *Code* conserve le rôle limité qu'il avait sous le *C.c.B.-C.* À mon avis, ces rôles distincts font en sorte que les droits validement acquis par prescription opèrent sans égard aux droits inscrits au registre foncier.

(1) L'opposabilité de la prescription en l'absence de publicité

[41] Sous le *C.c.B.-C.*, en vertu des dispositions similaires à celles du nouveau *Code* qui existaient alors, il était acquis que « [p]our être opposable aux tiers, l'acquisition par prescription n'a[vait] pas besoin d'être enregistrée » (Martineau, p. 234; *Deschesnes c. Boucher*, [1961] B.R. 771, p. 776; *Noiseux c. Savio* (1982), 27 R.P.R. 179 (C.A.)). Dans son traité sur la prescription rédigé à l'époque où le *C.c.B.-C.* était toujours en vigueur, le professeur Martineau contemplait d'ailleurs une situation identique au présent pourvoi en écrivant :



[TRANSLATION] The owner against whom prescription has become effective then sells [his or her] immovable to a third party, who brings a petitory action against the possessor. The possessor can set prescription up against the plaintiff, and the plaintiff cannot object that when he or she bought the immovable, the seller — not the defendant — was registered as its owner at the registry office. [Footnote omitted; pp. 234-35.]

[42] Some argue that this conclusion still holds true under the *Code*. For example, Pierre Pratte states:

[TRANSLATION] The new neighbour cannot claim that the prescription that became effective in the time of his or her predecessor cannot be set up against him or her, or that the possessor had to act before the sale by obtaining and publishing a judgment. The possessor can accordingly assert the acquired prescription against the new neighbour.

(P. Pratte, “La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d’un immeuble” (2014), 73 *R. du B.* 509, at p. 563)

Professor Gidrol-Mistral agrees with this point of view. In her opinion, [TRANSLATION] “the only logical solution is the one adopted by the majority [of the Court of Appeal]: acquisitive prescription became effective, and it applies to subsequent acquirers of the property in question” (p. 335). Similarly, Professor Vincelette writes that after 10 years, [TRANSLATION] “possession is crowned with an irrebuttable presumption of ownership” (D. Vincelette, *En possession du Code civil du Québec* (2004), at para. 516 (emphasis added)).

[43] Others, however, are of the view that the *C.C.Q.* changed the rules and that acquisitive prescription can no longer negate rights registered in the land register by third parties. For example, Professor Lafond states that [TRANSLATION] “[a]n unpublished right of ownership that a person claims to have by virtue of 10 years of possession can be of no value in opposition to a title of ownership duly registered by a third party who holds it from the same predecessor in title” (Lafond, at para. 2569; see also L. Laflamme, M. Galarneau and P. Duchaine, *L’examen des titres immobiliers* (4th ed. 2014), at p. 113).

Le propriétaire contre qui la prescription s’est accomplie vend ensuite [son] immeuble à un tiers qui intente une action pétitoire au possesseur. Ce dernier peut lui opposer la prescription sans que le demandeur puisse objecter que, au moment où il a acheté, son vendeur — et non le défendeur — était inscrit comme propriétaire au bureau d’enregistrement. [Note en bas de page omise; p. 234-235.]

[42] Certains soutiennent que cette conclusion vaut toujours à l’égard des dispositions du *Code*. À titre d’exemple, l’auteur Pierre Pratte affirme :

Le nouveau voisin ne peut prétendre que la prescription accomplie sous le règne de son prédécesseur ne lui est pas opposable ou que le possesseur se devait d’agir avant la vente en obtenant et en publiant un jugement. Ainsi, le possesseur peut faire valoir la prescription acquise contre le nouveau voisin.

(P. Pratte, « La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d’un immeuble » (2014), 73 *R. du B.* 509, p. 563)

La professeure Gidrol-Mistral partage ce point de vue : selon elle, « la seule solution logique est celle retenue par la majorité [de la Cour d’appel] : la prescription acquisitive s’est accomplie et s’impose aux acquéreurs ultérieurs du bien en cause » (p. 335). Dans le même ordre d’idées, le professeur Vincelette écrit qu’après 10 ans de possession, « une présomption irréfragable de titularité couronne la possession » (D. Vincelette, *En possession du Code civil du Québec* (2004), par. 516 (je souligne)).

[43] D’autres considèrent par contre que le *C.c.Q.* aurait changé la donne et que la prescription acquisitive ne peut dorénavant faire échec aux droits inscrits par des tiers au registre foncier. Entre autres, le professeur Lafond mentionne que « [l]e droit de propriété non publié que prétend avoir une personne en vertu d’une possession décennale ne peut valoir à l’encontre d’un titre de propriété dûment inscrit opposé par un tiers qui le détient du même auteur » (Lafond, par. 2569; voir aussi L. Laflamme, M. Galarneau et P. Duchaine, *L’examen des titres immobiliers* (4<sup>e</sup> éd. 2014), p. 113).

[44] With respect, in light of the unfinished reform discussed above, I find that the first of these positions must prevail. The situation might have been different had the legislature followed through on the changes contemplated in 1991. However, its decision to abandon most of them confirms that under the current *Code*, for rights acquired by prescription to be set up against third parties, there is no greater requirement that they be published than was the case under the *C.C.L.C.*

[45] The appellants' arguments in support of the contrary view are not persuasive.

[46] First of all, the appellants argue on the basis of arts. 2938 and 2941 *C.C.Q.* that, without publication, the respondent's possession cannot be set up against them and should not permit her to acquire ownership of the parking space at issue. It is true that the *C.C.Q.* provides that any acquisition, creation or recognition of an immovable real right requires publication (art. 2938) and that, unless they are published, the rights involved in such legal transactions cannot be set up against third parties (art. 2941).

[47] However, as is stated in the *Commentaires du ministre*, arts. 2938 and 2941 *C.C.Q.* simply represent a continuation of the law as it stood under the *C.C.L.C.* Article 2938 *C.C.Q.* [TRANSLATION] “substantially restates the former law in a simplified form and in a general rule”, while art. 2941 *C.C.Q.* “restates, in part, articles 2082 and 2083 *C.C.L.C.* The rule does not break new ground” (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at pp. 1845 and 1848). In short, there is no basis for regarding this as a substantial change to the applicable rules.

[48] Next, despite what the appellants say, arts. 2943 and 2944 *C.C.Q.*, two articles on the publication of rights that are new law, and on which the appellants place great emphasis, do not support their argument that rights acquired by prescription cannot be set up against third parties unless they are published.

[44] En tout respect pour l'opinion contraire, à la lumière de la réforme inachevée expliquée précédemment, j'estime que la première de ces positions doit être retenue. La situation aurait peut-être été différente si le législateur avait complété les changements envisagés en 1991. Mais son choix d'en abandonner la majeure partie confirme que, sous le *Code* actuel, les droits acquis par prescription n'ont pas davantage besoin d'être publiés pour être opposés aux tiers que ce n'était le cas sous le *C.c.B.-C.*

[45] Les arguments que font valoir les appelants pour soutenir le contraire ne sont pas convaincants.

[46] Ils se fondent d'abord sur les art. 2938 et 2941 *C.c.Q.* pour affirmer que, sans publicité, la possession de l'intimée leur serait inopposable et ne devrait pas pouvoir lui permettre d'acquérir la propriété du stationnement convoité. Le *C.c.Q.* prévoit effectivement que toute acquisition, constitution ou reconnaissance d'un droit réel immobilier est soumise à la publicité (art. 2938) et que, sans publicité, les droits visés par ces opérations juridiques sont inopposables envers les tiers (art. 2941).

[47] Toutefois, comme l'indiquent les *Commentaires du ministre*, ces art. 2938 et 2941 *C.c.Q.* s'inscrivent simplement dans la continuité du *C.c.B.-C.* L'article 2938 *C.c.Q.* « reprend substantiellement, sous une forme simplifiée et dans une règle générale, le droit antérieur », tandis que l'art. 2941 *C.c.Q.* « reprend, en partie, les articles 2082 et 2083 *C.C.B.C.* La règle n'innove pas » (ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 1845 et 1848). Bref, y voir un changement substantiel des règles applicables ne se justifie pas.

[48] Ensuite, quoiqu'en disent les appelants, les art. 2943 et 2944 *C.c.Q.*, deux articles de droit nouveau relatifs à la publicité des droits sur lesquels ils insistent, n'appuient pas leur argument voulant qu'il soit nécessaire de publier les droits acquis par prescription afin de les rendre opposables aux tiers.

[49] It is true that the first paragraph of art. 2943 *C.C.Q.* creates a presumption of knowledge with regard to rights published in the registers:

**2943.** A right registered in a register in regard to property is presumed known to any person acquiring or publishing a right in the same property.

However, as Savard J.A. mentioned, that article at most supports a finding of bad faith on the respondent's part. The Quebec Court of Appeal recently confirmed that [TRANSLATION] “[b]oth the *Civil Code of Lower Canada* and the new *Civil Code of Québec* allow a possessor in bad faith to acquire an immovable by prescription” (*Dupuy v. Gauthier*, 2013 QCCA 774, [2013] R.J.Q. 662, at para. 31). Under the *C.C.L.C.*, bad faith in this context had the effect of extending the prescription period to 30 years, whereas a possessor in good faith who had a transitory title could prescribe in just 10 years (art. 2206 *C.C.L.C.*). In the *C.C.Q.*, the legislature abolished this distinction, providing for a single prescription period of 10 years for all immovables, and not requiring good faith as a condition for prescription. Under the current *Code*, therefore, bad faith is no longer a relevant consideration for acquisitive prescription (*Dupuy*, at paras. 50-52). Article 2943 *C.C.Q.* is thus of no assistance to the appellants.

[50] As for art. 2944 *C.C.Q.*, it creates a presumption of the existence of rights registered in the registers:

**2944.** Registration of a right in the register of personal and movable real rights or the land register entails, as against all persons, a simple presumption of the existence of that right.

However, since this is a simple presumption, it may be rebutted by proof to the contrary (art. 2847 *C.C.Q.*). It must yield where, for example, there is proof that the right does not exist, particularly where the evidence establishes that the conditions for acquisitive prescription have been met (Gidrol-Mistral, at p. 338; F. Brochu, “Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière” (2003), 105 *R. du N.* 735, at p. 750). In other words, this presumption in no way supports the appellants' position.

[49] Il est vrai que le premier alinéa de l'art. 2943 *C.c.Q.* crée une présomption de connaissance à l'égard des droits publiés aux registres :

**2943.** Un droit inscrit sur les registres à l'égard d'un bien est présumé connu de celui qui acquiert ou publie un droit sur le même bien.

Cependant, comme le mentionne la juge Savard, cet article permet au mieux de conclure à la mauvaise foi de l'intimée. La Cour d'appel du Québec a récemment confirmé que « [t]ant le *Code civil du Bas Canada* que le nouveau *Code civil du Québec* permettent à un possesseur de mauvaise foi d'acquérir, par prescription, un immeuble » (*Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774, [2013] R.J.Q. 662, par. 31). Sous le *C.c.B.-C.*, cette mauvaise foi avait pour effet de rallonger le délai de prescription à 30 ans, alors qu'un possesseur de bonne foi et possédant un titre translatif pouvait prescrire en seulement 10 ans (art. 2206 *C.c.B.-C.*). Sous le *C.c.Q.*, le législateur a aboli cette distinction et prévu une prescription unique de 10 ans pour les immeubles, sans faire de la bonne foi une condition nécessaire à cette prescription. Ainsi, sous le *Code* actuel, la mauvaise foi n'est plus une considération pertinente à la prescription acquisitive (*Dupuy*, par. 50-52). L'article 2943 *C.c.Q.* n'est donc d'aucun secours aux appelants.

[50] L'article 2944 *C.c.Q.* crée quant à lui une présomption d'existence des droits inscrits aux registres :

**2944.** L'inscription d'un droit sur le registre des droits personnels et réels mobiliers ou sur le registre foncier emporte, à l'égard de tous, présomption simple de l'existence de ce droit.

Toutefois, puisque cette présomption est simple, elle peut être repoussée par une preuve contraire (art. 2847 *C.c.Q.*). Elle doit entre autres céder le pas devant la preuve que le droit n'existe pas, notamment lorsque la preuve établit que les conditions de la prescription acquisitive sont remplies (Gidrol-Mistral, p. 338; F. Brochu, « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière » (2003), 105 *R. du N.* 735, p. 750). Autrement dit, cette présomption ne soutient d'aucune façon la position des appelants.

[51] Finally, art. 2946 *C.C.Q.* is of no assistance to the appellants. It provides that “[w]here two acquirers of an immovable hold their title from the same predecessor in title, the right is acquired by the acquirer who first publishes his right.” But it cannot apply in the case at bar, as the appellants hold their title from two specific predecessors, the sellers from whom they purchased the property, whereas the respondent holds her title from no predecessor, having acquired it by prescription.

[52] Contrary to the appellants’ position, the solution adopted by the majority of the Court of Appeal, with which I agree, reaffirms the place of acquisitive prescription in Quebec civil law and recognizes the limited role of the publication of rights by not giving the land register the higher probative value that the appellants would like to confer on it (Gidrol-Mistral, at pp. 318 and 324). From this perspective, this solution is the one that is most consistent with the general scheme of the *Code* and with the relevant provisions on prescription, as well as on the publication of rights and on sale.

[53] Consistency is a well-established principle of statutory interpretation, one that the Quebec legislature has expressly recognized:

**41.1.** The provisions of an Act are construed by one another, ascribing to each provision the meaning which results from the whole Act and which gives effect to the provision.

(*Interpretation Act*, CQLR, c. I-16)

Consistency is even more crucial in the interpretation of a code, which [TRANSLATION] “is generally defined as a ‘coherent corpus (or at least one that strives to be coherent) of texts encompassing, and arranged according to a systematic plan, all the rules relative’ to the civil law” (J. Pineau, “Le nouveau Code civil et les intentions du législateur”, in B. Moore, ed., *Mélanges Jean Pineau* (2003), 3, at p. 6). In concrete terms, this means [TRANSLATION] “that each portion of the Code has been drafted in a manner consistent with the others” (M. Tancelin, “L’acte unilatéral en droit des obligations ou

[51] Enfin, l’art. 2946 *C.c.Q.* n’est d’aucun secours aux appelants. Cet article prévoit que, « [d]e deux acquéreurs d’un immeuble qui tiennent leur titre du même auteur, le droit est acquis à celui qui, le premier, publie son droit. » Or, il ne peut s’appliquer en l’espèce puisque les appelants tiennent leur titre de deux auteurs précis, leurs vendeurs, alors que l’intimée ne tient son droit d’aucun auteur, l’ayant acquis par prescription.

[52] Contrairement à ce que proposent les appelants, la solution retenue par la majorité de la Cour d’appel, que je fais mienne, réaffirme la place de la prescription acquisitive dans le droit civil québécois et reconnaît le rôle limité de la publicité des droits en évitant de donner au registre foncier la force probante supérieure que les appelants voudraient lui conférer (Gidrol-Mistral, p. 318 et 324). De ce point de vue, cette solution est celle qui est la plus cohérente avec l’économie générale du *Code* et avec les dispositions pertinentes relatives tant à la prescription qu’à la publicité des droits et à la vente.

[53] La cohérence est un principe d’interprétation des lois bien établi et expressément reconnu par le législateur québécois :

**41.1.** Les dispositions d’une loi s’interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l’ensemble et qui lui donne effet.

(*Loi d’interprétation*, RLRQ, c. I-16)

Elle est encore plus fondamentale dans le cadre de l’interprétation d’un code, lequel « est généralement défini comme un “corps cohérent (ou plutôt qui se veut cohérent) de textes englobant selon un plan systématique l’ensemble des règles relatives” au droit civil » (J. Pineau, « Le nouveau Code civil et les intentions du législateur », dans B. Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau* (2003), 3, p. 6). Concrètement, cela signifie « que chaque intitulé du code est conçu en cohérence avec les autres » (M. Tancelin, « L’acte unilatéral en droit des obligations ou l’unilatéralisation du contrat », dans N. Kasirer, dir., *La*

l'unilatéralisation du contrat”, in N. Kasirer, ed., *La Solitude en droit privé* (2002), 213, at pp. 216-17). When there is friction between different parts of a code, it is therefore necessary to identify the solution that best accords with “the other provisions, its general structure and basic legal principles” (P.-A. Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 328).

[54] The solution I am adopting in this case is, first of all, consistent with the relevant articles on prescription. Thus, art. 2885 *C.C.Q.* provides that “renunciation of acquired prescription with respect to immovable real rights shall be published”. But if acquired prescription could not jeopardize a right that is registered in the land register, as suggested by the appellants and the dissenting judge in the Court of Appeal, there would be no need to publish such a renunciation to enable third parties to take notice of it. To accept the conclusion they propose would therefore strip this article of any useful purpose.

[55] This solution is just as consistent with art. 2957 *C.C.Q.*, which provides that “[p]ublication does not interrupt prescription”. It would indeed make no sense to conclude that the publication of rights cannot interrupt prescription while the period is still running, but that it can negate the effects of prescription that has already been acquired. Moreover, Professor Lamontagne confirms that this article means that [TRANSLATION] “an adverse possessor will eventually be able to prescribe even if an opposing right is published, provided that he or she proves that prescription has been acquired” (Lamontagne, *Biens et propriété*, at p. 91).

[56] This solution is also consistent with the repeal of art. 2962 *C.C.Q.*, which I mentioned above, and the effect of which was that third parties could no longer rely entirely on entries in the land register. As Professor Brochu mentions, [TRANSLATION] “the failure, in terms of legal effects, of the reform of the land registration system meant that acquisitive prescription retained its probative value” (Brochu, “Nouvelle posologie”, at p. 748). In contrast, the appellants’ position would resurrect this article and extend its application to any immovable,

*Solitude en droit privé* (2002), 213, p. 216-217). Lorsque certaines de ses parties entrent en tension, il faut donc rechercher la solution qui s’accorde le mieux avec « les autres dispositions, l’économie générale et les principes généraux du droit » (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et de M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), par. 1162).

[54] La solution que je retiens en l’espèce concorde tout d’abord avec les articles pertinents relatifs à la prescription. Ainsi, comme l’énonce l’art. 2885 *C.c.Q.*, « la renonciation à la prescription acquise de droits réels immobiliers doit être publiée ». Or, si la prescription acquise ne pouvait pas mettre en péril un droit autrement inscrit au registre foncier, comme le suggèrent les appelants et le juge dissident en Cour d’appel, il ne serait pas nécessaire de publier une telle renonciation pour que les tiers puissent en prendre connaissance. Aussi, conclure comme ils le proposent ferait perdre tout effet utile à cet article.

[55] Cette solution s’harmonise tout aussi bien avec l’art. 2957 *C.c.Q.* qui prévoit que « [l]a publicité n’interrompt pas le cours de la prescription ». Il serait en effet illogique de conclure que la publicité des droits ne peut interrompre la prescription qui court toujours, mais qu’elle peut annihiler les effets de la prescription déjà acquise. D’ailleurs, le professeur Lamontagne confirme sur la base de cet article que « le possesseur à titre de propriétaire pourra éventuellement prescrire, nonobstant la publicité d’un droit adverse, à charge de prouver l’accomplissement de la prescription » (Lamontagne, *Biens et propriété*, p. 91).

[56] Cette solution est en outre cohérente avec l’abrogation de l’art. 2962 *C.c.Q.*, dont j’ai déjà fait mention, laquelle a eu pour effet de ne plus permettre aux tiers de se fier entièrement aux inscriptions contenues au registre foncier. Comme le souligne le professeur Brochu, « l’échec, sur le plan des effets juridiques, de la réforme de la publicité foncière a permis à la prescription acquisitive de conserver sa force probante » (Brochu, « Nouvelle posologie », p. 748). À l’inverse, la position des appelants ferait renaître cet article et en étendrait l’effet à tout

whether immatriculated or not, thereby conferring a greater probative value on it than the legislature initially intended to give it. In this respect, to quote Professor Gidrol-Mistral, [TRANSLATION] “Jacques J. [who adopted that position] does not seem to have fully understood the abolition of the legal arsenal that was supposed to confer a greater probative value on the publication of rights” (p. 338).

[57] In response to this, the appellants state, as did the dissenting judge in the Court of Appeal, that art. 2962 *C.C.Q.* was repealed for purely technical reasons related to the modification of the concept of immatriculation and that, at any rate, the theory of apparent rights, which has always existed in Quebec law, would lead to the same outcome.

[58] This argument must fail. The repeal of art. 2962 *C.C.Q.* was intended to be more than a strictly technical one, since it removed from the *Code* the absolute probative value that would otherwise have been conferred on the land register and which is in fact what the appellants are seeking. The legislative debate at the time of the repeal leaves little doubt as regards the intention of the legislature, which considered that art. 2962 *C.C.Q.*, far from simply recognizing an already applicable doctrine, [TRANSLATION] “établishe[d], in favour of third parties in good faith, an irrebuttable presumption of the validity of registered rights” (*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, at p. 69 (emphasis added)). Like most of the amendments that were made at that time, the repeal of this article was a logical consequence of the decision to abandon the reform of the publication of rights system.

[59] As for apparent rights, it is important to remember that this theory was originally developed by the French courts to protect third parties in their dealings with the apparent heir of a deceased person (J. Carbonnier, *Droit civil* (2004), vol. I, at p. 317). It was recognized by the Quebec legislature, which applied it to certain specific situations in order to protect certain appearances of right (see, among others, arts. 331, 627, 1559, 1643, 2163 and 3075 *C.C.Q.*). But there is nothing to suggest that the legislature intended this theory to apply more generally in situations other than the ones in which

immeuble, qu’il soit immatriculé ou non, lui donnant par le fait même une force supérieure à celle que le législateur voulait initialement lui attribuer. À ce chapitre, pour reprendre les propos de la professeure Gidrol-Mistral, « le juge Jacques [qui adopte cette position] ne semble pas avoir pris toute la mesure de l’abrogation de l’arsenal juridique qui devait conférer une force probante supérieure à la publicité des droits » (p. 338).

[57] À cela, les appelants, comme le juge dissident en Cour d’appel, répondent que cet art. 2962 *C.c.Q.* aurait été abrogé pour des raisons purement techniques, en raison de la modification de la notion d’immatriculation, et que, de toute façon, la théorie des droits apparents qui aurait existé de tout temps en droit québécois mènerait au même résultat.

[58] Cet argument doit être écarté. L’abrogation de l’art. 2962 *C.c.Q.* se veut plus que strictement technique, puisqu’elle retire du *Code* la force probante absolue qui aurait autrement été conférée au registre foncier et que recherchent en réalité les appelants. Les débats parlementaires de l’époque laissent peu de doute sur l’intention du législateur, qui considérait que l’art. 2962 *C.c.Q.*, loin de simplement reconnaître une théorie déjà applicable, « établi[ssait] en faveur des tiers, de bonne foi, une présomption irréfragable de la validité des droits inscrits » (*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, p. 69 (je souligne)). Comme la plupart des modifications adoptées au même moment, cette abrogation était une conséquence logique de l’abandon de la réforme de la publicité des droits.

[59] Quant à la théorie des droits apparents, il convient de rappeler que, née en jurisprudence française, elle visait tout d’abord à protéger les tiers qui traitaient avec l’héritier apparent d’une personne décédée (J. Carbonnier, *Droit civil* (2004), vol. I, p. 317). Elle a été reconnue par le législateur québécois, qui l’a appliquée à certaines situations spécifiques afin de protéger certaines apparences (voir notamment les art. 331, 627, 1559, 1643, 2163 et 3075 *C.c.Q.*). Cependant, rien ne permet de croire que le législateur ait voulu que cette théorie s’applique de façon plus générale, au-delà des situations

the legislature decided to specifically recognize it. Moreover, no Quebec court has ever applied it in relation to acquisitive prescription. If, as the appellants submit and Jacques J. maintained, art. 2962 *C.c.Q.* merely codified a theory that had already been recognized, then it is difficult to understand why the Minister of Justice described this article in 1991 as [TRANSLATION] “new law” that “[was] consistent with the principles of the new system” (*Commentaires du ministre*, at p. 1862). Finally, if the legislature were simply recognizing a theory that had already been adopted by the courts, it would certainly not have taken pains to limit the theory’s application to immatriculated immovables — with the exhaustive search and the carry-over of rights immatriculation entailed at the time when the *C.c.Q.* was enacted.

[60] In any event, even if the theory of apparent rights did apply in this case, it would logically have to protect all legitimate appearances of right, including those stemming from the respondent’s possession. This concept and this principle are in fact closely related: [TRANSLATION] “Possession establishes an appearance of right in the eyes of third parties, so much so that the fact actually produces the right, as in the case of apparent mandate” (Lamontagne, *Biens et propriété*, at p. 470). There is no reason why appearances of right created artificially by the land register should prevail over the tangible appearances of right that result from effective possession.

[61] Moreover, the solution I am adopting is just as consistent with the provisions of Book Five of the *Code* on sale, and in particular with art. 1724 para. 2:

**1724.** The seller warrants the buyer against any encroachment on his part unless he has declared it at the time of the sale.

The seller also warrants against any encroachment commenced with his knowledge by a third person before the sale.

[62] This article preserves the rights of all parties. In this respect, contrary to the erroneous statement of the dissenting judge in the Court of Appeal (para. 122), the appellants are not without recourse

pour lesquelles il a spécifiquement décidé de la reconnaître. Aucune décision des tribunaux québécois n’a du reste appliqué cette théorie en matière de prescription acquisitive. Si, comme les appelants et le juge Jacques le soutiennent, l’art. 2962 *C.c.Q.* ne faisait que codifier une théorie déjà reconnue, on conçoit mal pourquoi le ministre de la Justice le décrivait en 1991 comme un article « de droit nouveau », lequel « s’harmonis[ait] avec les principes du nouveau système » (*Commentaires du ministre*, p. 1862). Enfin, si le législateur n’avait fait que reconnaître une théorie déjà adoptée par les tribunaux, il n’aurait certainement pas pris soin de limiter son application aux immeubles immatriculés — avec la recherche exhaustive et le report des droits que cette notion sous-entendait lors de l’adoption du *C.c.Q.*

[60] De toute façon, même si la théorie des droits apparents s’appliquait en l’espèce, il faudrait logiquement qu’elle protège toutes les apparences légitimes, incluant celles qui découlent de la possession de l’intimée. Ces concept et principe sont effectivement étroitement liés : « La possession consacre une apparence de droit aux yeux des tiers, à un point tel que le fait produit véritablement le droit, comme dans le cas du mandat apparent » (Lamontagne, *Biens et propriété*, p. 470). Il n’y a aucune raison pour que les apparences créées artificiellement par le registre foncier prévalent sur les apparences tangibles que crée la possession utile.

[61] Par ailleurs, cette solution que je retiens est tout aussi cohérente avec les dispositions du livre cinquième du *Code* relatives cette fois à la vente, plus spécifiquement avec l’art. 1724 al. 2 :

**1724.** Le vendeur se porte garant envers l’acheteur de tout empiètement exercé par lui-même, à moins qu’il ne l’ait déclaré lors de la vente.

Il se porte garant, de même, de tout empiètement qu’un tiers aurait, à sa connaissance, commencé d’exercer avant la vente.

[62] Cet article permet de préserver les droits de toutes les parties en cause. Sous ce rapport, contrairement à ce qu’affirme erronément le juge dissident en Cour d’appel (par. 122), les appelants ne

here. It is true that the acquisitive prescription the respondent has set up against them denies them a portion of the right of ownership that the act of sale purported to transfer to them. Nevertheless, it is possible for them to claim the corresponding loss from their predecessors in title if they can prove that the latter were aware of the respondent's encroachment before the sale and failed to disclose it to them (D.-C. Lamontagne, *Droit de la vente* (3rd ed. 2005), at para. 185; J. Deslauriers, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service* (2nd ed. 2013), at para. 378; see also *Medeiros v. St-Louis*, [2002] R.D.I. 352 (Que. Sup. Ct.), at paras. 83-92, decided under the equivalent rules of the *C.C.L.C.*, in particular art. 1508). This personal action is of course not a perfect substitute for the desired right of ownership, and whether the appellants succeed would depend on their ability to prove the essential elements of their claim. However, it is the legislature's response to situations in which, as in the instant case, a third party's encroachment prevails over the right the buyer thought he or she held.

[63] In closing, given that the respondent's effective possession can be set up against the appellants despite the fact that their right is registered in the land register, I cannot agree with the appellants' argument — this one, too, adopted by the dissenting judge in the Court of Appeal — that the respondent had only to register her judicial application in advance in order to preserve her rights should the prescribed lot eventually be transferred. Advance registration is provided for in arts. 2966 and 2968 *C.C.Q.*:

**2966.** Any judicial application concerning a real right which shall or may be published in the land register may, by means of a notice, be the subject of an advance registration.

**2968.** Rights which are the subject of a judgment or transaction terminating an action are deemed published from the time of their advance registration, provided they are published within 30 days after the judgment becomes final or the transaction takes place.

sont pas ici dépourvus de recours. Il est vrai qu'ils se voient privés d'une partie du droit de propriété que l'acte de vente prétendait leur transférer, en raison de la prescription acquisitive que leur oppose l'intimée. Néanmoins, il leur est possible de réclamer la perte correspondante auprès de leurs auteurs s'ils sont en mesure de prouver que ceux-ci connaissaient l'empiétement exercé par l'intimée avant la vente et qu'ils ont omis de leur mentionner (D.-C. Lamontagne, *Droit de la vente* (3<sup>e</sup> éd. 2005), par. 185; J. Deslauriers, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service* (2<sup>e</sup> éd. 2013), par. 378; voir aussi *Medeiros c. St-Louis*, [2002] R.D.I. 352 (C.S. Qc), par. 83-92, décidé sous les règles équivalentes du *C.c.B.-C.*, notamment l'art. 1508). Certes, ce recours personnel n'est pas un parfait substitut au droit de propriété convoité, et son succès dépend de la capacité des appelants d'en prouver les éléments essentiels. Il s'agit néanmoins de la réponse du législateur aux situations où, comme en l'espèce, l'empiétement d'un tiers a préséance sur le droit dont l'acheteur se croyait titulaire.

[63] En terminant, puisque la possession utile de l'intimée est opposable aux appelants nonobstant l'inscription de leur droit au registre foncier, je ne peux retenir l'argument des appelants, repris là encore par le juge dissident en Cour d'appel, selon lequel l'intimée n'avait qu'à préinscrire sa demande en justice afin de préserver ses droits contre un éventuel transfert du lot prescrit. La préinscription est prévue aux art. 2966 et 2968 *C.c.Q.* :

**2966.** Toute demande en justice qui concerne un droit réel soumis ou admis à l'inscription sur le registre foncier, peut, au moyen d'un avis, faire l'objet d'une préinscription.

**2968.** Sont réputés publiés à compter de la préinscription les droits qui font l'objet du jugement ou de la transaction qui met fin à l'action, pourvu qu'ils soient publiés dans les 30 jours qui suivent celui où le jugement est passé en force de chose jugée ou celui de la transaction.



[64] By means of presumptions of publication and knowledge, advance registration is intended to safeguard rights that would be jeopardized if they remained unknown (*Commentaires du ministre*, at p. 1865; F. Brochu, “Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau *Code civil du Québec*, et le rôle des principaux intervenants” (1993), 34 *C. de D.* 949, at p. 1022). However, advance registration is of no assistance in the case of acquisitive prescription. The effective possession on which this form of prescription is based is already public and, as I mentioned above, can already be set up against third parties. Since acquisitive prescription has its effects regardless of any rights registered in the land register, there is no need for a possessor to register a judicial application in advance in order to protect his or her rights.

[65] In sum, what the appellants would like is that the publication of their right guarantee its validity. I find that the land register has no such probative value and is no guarantee of the titles registered in it. Ultimately, as far as acquisitive prescription in Quebec civil law is concerned, the role of land registration under the current *Code* is as it was under the *C.C.L.C.* and no more. In light of this limited role, the fact that rights acquired by prescription have not been published does not on its own preclude their being set up against third parties.

(2) Nature of the Judgment Under Art. 2918 C.C.Q.

[66] In addition to their arguments to the effect that the acquisitive prescription claimed by the respondent cannot be set up against them, the appellants submit that the respondent quite simply has no right to assert against them, because she had neglected to obtain a judgment and publish it before they registered their right in the land register. They maintain that her failure to do so had rendered her right precarious on the basis that obtaining such a judgment is essential to the acquisition of immovable real rights by prescription. This argument, which is central to the appellants’ position, is based on the current wording of art. 2918 *C.C.Q.*:

[64] Par le biais de présomptions de publication et de connaissance, la préinscription vise à sauvegarder des droits qui seraient en péril s’ils demeuraient inconnus (*Commentaires du ministre*, p. 1865; F. Brochu, « Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau *Code civil du Québec*, et le rôle des principaux intervenants » (1993), 34 *C. de D.* 949, p. 1022). Or, la préinscription est inutile à l’égard de la prescription acquisitive. La possession utile qui fonde cette prescription est déjà publique et, tel qu’indiqué précédemment, opposable aux tiers. Puisque la prescription acquisitive produit ses effets sans égard aux droits inscrits au registre foncier, il n’est pas nécessaire que le possesseur préinscrive sa demande en justice pour protéger ses droits.

[65] En somme, les appelants voudraient que la publicité de leur droit en garantisse la validité. Je suis d’avis que le registre foncier n’a pas une telle force probante et ne permet pas de garantir les titres qui y sont inscrits. En fin de compte, en ce qui concerne la prescription acquisitive que reconnaît le droit civil québécois, le rôle de la publicité foncière sous le *Code* actuel reste le même que sous le *C.c.B.-C.*, sans plus. Ce rôle limité ne rend pas inopposables aux tiers les droits acquis par prescription du seul fait qu’ils ne sont pas publiés.

(2) La nature du jugement visé à l’art. 2918 C.c.Q.

[66] Au-delà de leurs arguments relatifs à l’inopposabilité de la prescription acquisitive que revendique l’intimée, les appelants soutiennent que cette dernière n’aurait tout simplement aucun droit à faire valoir à leur encontre, ayant omis d’obtenir un jugement et de le publier avant qu’ils n’inscrivent leur droit au registre foncier. Ce défaut rendrait son droit précaire, car l’obtention d’un tel jugement serait essentielle à l’acquisition de droits réels immobiliers par prescription. Cet argument central à la position des appelants se fonde sur le libellé actuel de l’art. 2918 *C.c.Q.* :

**2918.** A person who has for 10 years possessed an immovable as its owner may acquire the ownership of it only upon a judicial application.

[67] In their opinion, art. 805 *C.C.P.* echoes this by also providing that a judgment must be obtained in order to acquire a right of ownership in an immovable by prescription:

**805.** A person who, in accordance with the rules of the Book on Prescription of the Civil Code, has possessed an immovable as owner may acquire the ownership of that immovable by applying to the court of the district in which it is situated.

[68] Under the *C.C.L.C.*, possessors were in practice required to obtain a judgment in order to confirm their acquisitive prescription. The need to take legal action to have acquisitive prescription confirmed is thus not entirely new in the *C.C.Q.* As the appellants acknowledge, such a judgment obtained under the *C.C.L.C.* was merely declarative in nature, however, given that the right itself was acquired upon the expiry of the prescription period (arts. 2183 para. 2 and 2183a *C.C.L.C.*; see also *Code of Civil Procedure*, S.Q. 1965, c. 80, art. 806; *An Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, s. 143 para. 2; *Dupont v. Saint-Arnaud*, [1992] R.D.J. 88 (Que. C.A.), at p. 91; Martineau, at p. 233; Brochu, “Nouvelle posologie”, at pp. 753-54).

[69] The commentators are divided over whether this declarative nature survived the enactment of art. 2918 *C.C.Q.* Some authors argue that it has (Lamontagne, *Biens et propriété*, at p. 490; P. Pratte, “Chronique — Le jugement en prescription acquisitive immobilière: déclaratif ou attributif?”, *Repères*, October 2012 (available online in La référence); and “La demande judiciaire”, at pp. 550-51; Vincelette, at para. 515; Gidrol-Mistral, at pp. 331-33). But others maintain that art. 2918 *C.C.Q.* makes such a judgment an essential condition for the very acquisition of the right sought by the possessor, and that the judgment therefore has the effect of granting this right (S. Normand, *Introduction au droit des biens* (2nd ed. 2014), at p. 354; C. Gervais, *La prescription* (2009), at p. 193; Lafond, at para. 2566; Brochu, “Nouvelle posologie”, at p. 754). The depth of these authors’ analyses is variable; some are relatively

**2918.** Celui qui, pendant 10 ans, a possédé un immeuble à titre de propriétaire ne peut en acquérir la propriété qu’à la suite d’une demande en justice.

[67] Selon eux, l’art. 805 *C.p.c.* y ferait écho, en prévoyant aussi la nécessité d’obtenir un jugement pour acquérir un droit de propriété sur un immeuble par prescription :

**805.** Celui qui, conformément aux règles du livre De la prescription au Code civil, a possédé un immeuble à titre de propriétaire, peut en acquérir la propriété en s’adressant au tribunal dans le ressort duquel est situé l’immeuble.

[68] Sous le *C.c.B.-C.*, le possesseur devait en pratique obtenir un jugement afin de confirmer sa prescription acquisitive. La nécessité de se pourvoir en justice pour faire confirmer la prescription acquisitive n’est donc pas totalement nouvelle dans le *C.c.Q.* Comme les appelants le reconnaissent, ce jugement obtenu sous le *C.c.B.-C.* n’avait cependant qu’un rôle déclaratif puisque le droit lui-même était acquis dès l’écoulement du délai prescrit (art. 2183 al. 2 et 2183a *C.c.B.-C.*; voir aussi *Code de procédure civile*, S.Q. 1965, c. 80, art. 806; *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, art. 143 al. 2; *Dupont c. Saint-Arnaud*, [1992] R.D.J. 88 (C.A. Qc), p. 91; Martineau, p. 233; Brochu, « Nouvelle posologie », p. 753-754).

[69] Les auteurs de doctrine sont partagés sur la question de savoir si ce caractère déclaratif a survécu à l’adoption de l’art. 2918 *C.c.Q.* Certains soutiennent que ce serait le cas (Lamontagne, *Biens et propriété*, p. 490; P. Pratte, « Chronique — Le jugement en prescription acquisitive immobilière : déclaratif ou attributif? », *Repères*, octobre 2012 (accessible en ligne dans La référence); et « La demande judiciaire », p. 550-551; Vincelette, par. 515; Gidrol-Mistral, p. 331-333). D’autres maintiennent plutôt que l’art. 2918 *C.c.Q.* ferait de ce jugement une condition essentielle de l’acquisition même du droit convoité par le possesseur, et que celui-ci aurait donc pour effet d’attribuer ce droit (S. Normand, *Introduction au droit des biens* (2<sup>e</sup> éd. 2014), p. 354; C. Gervais, *La prescription* (2009), p. 193; Lafond, par. 2566; Brochu, « Nouvelle posologie », p. 754). La profondeur des analyses que proposent ces

brief, while others are more detailed. However, none of these commentators suggest that a judgment can be right-granting if it confirms an encroachment, but declarative if it cures a defect of title. Indeed, Pratte raises this possibility, but concludes that [TRANSLATION] “[i]f a certain uniformity is desired, a declaration by a court should be preferred to the granting of a right by a court” (“La demande judiciaire”, at p. 551). As well, there is no indication in the *Code* that the nature of the judgment might vary depending on the circumstances.

[70] The appellants embrace the second school of thought, arguing that the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* always has the effect of granting a right. They assert that the enactment of that article in 1991 and the amendment of art. 805 *C.C.P.* in 1992 thus radically changed the prior law, such that the respondent could not claim to have a right to the parking space before obtaining a judgment to that effect. The dissenting judge in the Court of Appeal agreed, but the majority found that it was not necessary to deal with this issue in order to resolve the appeal.

[71] I agree with the majority of the Court of Appeal that it is not necessary to decide this issue in the way sought by the appellants in order to dispose of this appeal. Even if the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* were right-granting in nature, which I do not admit, the respondent could be granted the right of ownership she wishes to obtain despite the fact that the appellants’ title has been published, because her possession meets the criteria under the *Code* and because, as I explained above, acquisitive prescription operates regardless of rights registered in the land register. In other words, the nature of the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* is not determinative of the issue before us.

[72] This being said, it is my opinion that, in any event, the sole purpose of the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* is to recognize pre-existing rights resulting from effective possession and the lapse of time and that, when all is said and done, the legislature merely intended to restore the situation that existed under the *C.C.L.C.* in this regard.

auteurs est variable; certaines restent relativement sommaires, tandis que d’autres sont plus étoffées. Aucun de ces auteurs ne suggère par contre que le jugement puisse être attributif lorsqu’il confirme un empiètement, mais déclaratif lorsqu’il corrige un vice de titre. L’auteur Pratte, qui soulève cette éventualité, conclut d’ailleurs que « [s]i on veut une certaine uniformité, la déclaration judiciaire devrait s’imposer face à l’attribution judiciaire » (« La demande judiciaire », p. 551). Du reste, rien dans le *Code* n’indique que le caractère du jugement pourrait varier selon les circonstances.

[70] Les appelants épousent le second courant de pensée et soutiennent que le jugement visé à l’art. 2918 *C.c.Q.* serait toujours attributif. Ils affirment que l’adoption de cet article en 1991 et la modification de l’art. 805 *C.p.c.* en 1992 auraient ainsi radicalement changé le droit antérieur de sorte que l’intimée ne pouvait prétendre à un droit sur le stationnement avant d’obtenir un jugement à cet effet. Le juge dissident en Cour d’appel s’est dit d’accord avec cela, tandis que la majorité a estimé non nécessaire de trancher cette question pour résoudre le pourvoi.

[71] Comme la majorité de la Cour d’appel, je considère qu’il n’est pas nécessaire de trancher cette question dans le sens recherché par les appelants pour disposer du présent pourvoi. Même si le jugement visé à l’art. 2918 *C.c.Q.* était de nature attributive, ce que je n’admets pas pour autant, l’intimée peut se voir attribuer le droit de propriété qu’elle convoite malgré la publication du titre des appelants, puisque sa possession remplit les critères établis par le *Code* et que la prescription acquisitive opère sans égard aux droits inscrits au registre foncier, comme je l’ai déjà expliqué. En d’autres termes, la nature du jugement visé à l’art. 2918 *C.c.Q.* n’est pas déterminante pour résoudre la question qui nous est soumise.

[72] Cela dit, je demeure pour ma part d’avis que, de toute façon, le jugement dont traite l’art. 2918 *C.c.Q.* vise uniquement à reconnaître les droits préexistants que confère la possession utile par l’écoulement du temps et qu’en définitive le législateur n’a voulu que rétablir à cet égard la situation qui prévalait sous le *C.c.B.-C.*

[73] In concluding that what the judgment in question does is to grant a right, the appellants rely, as did the dissenting judge in the Court of Appeal, on a literal interpretation of art. 2918 *C.C.Q.* that is based on the supposed clarity of its wording. However, care should be taken before adopting such a reading of an article that was enacted and then amended in the context of an abandoned reform; otherwise, the interpretation of the provision could well be incompatible with its context, its history and its evolution. As this Court has mentioned in the past, “[w]ords that appear clear and unambiguous may in fact prove to be ambiguous once placed in their context” (*Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, at para. 10). Moreover, the modern approach to statutory interpretation requires consideration of the legislature’s intention, which means taking into account not only the words of the provisions in question, but also their context, including the legislative reforms and the debate that led up to them (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21). In Professor Côté’s words, “[the] authorities and case law have unequivocally rejected the idea that a statute’s context can be ignored, and its interpretation founded on no more than the wording of the legislation” (p. 310 (citations omitted)). That approach does not lead to a reading down of art. 2918 *C.C.Q.* but, rather, makes it possible to identify the article’s real effect.

[74] In light of the foregoing, it is obvious that art. 2918 *C.C.Q.* is not as clear as the appellants and the dissenting judge in the Court of Appeal suggest. The sharp differences between commentators on the interpretation of this article show how ambiguous it is. Furthermore, some of them expressly criticize its clumsy drafting in the context of this unfinished reform (Gidrol-Mistral, at pp. 317 and 340; F. Brochu, “Prescription acquisitive et publicité des droits” (2005), 107 *R. du N.* 203, at p. 210; and “Revue de jurisprudence 2012 en prescription acquisitive et en publicité des droits” (2013), 115 *R. du N.* 205, at p. 211).

[73] Pour conclure que le jugement en question aurait un rôle attributif, les appelants et le juge dissident en Cour d’appel se fondent sur une interprétation littérale de l’art. 2918 *C.c.Q.*, qui s’appuie sur la prétendue clarté de son libellé. Or, il faut faire preuve de prudence avant d’adopter une telle lecture d’un article édicté puis modifié dans le cadre d’une réforme abandonnée, sans quoi l’interprétation de la disposition risque d’être dénaturée de son contexte, de son historique et de son évolution. Notre Cour a déjà souligné que « [d]es mots en apparence clairs et exempts d’ambiguïté peuvent, en fait, se révéler ambigus une fois placés dans leur contexte » (*Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, par. 10). La méthode moderne d’interprétation des lois requiert du reste de rechercher l’intention du législateur, ce qui implique de tenir compte non seulement du libellé des articles concernés mais également de leur contexte, dont les réformes législatives et les débats y afférents (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). Comme le note le professeur Côté, « la thèse voulant que l’interprète puisse se restreindre à l’exégèse de la seule formule de la loi et faire abstraction du contexte est répudiée nettement aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence » (par. 1097 (références omises)). S’en tenir à cette méthode ne mène pas à une interprétation atténuée de l’art. 2918 *C.c.Q.*, mais permet, au contraire, de lui reconnaître son véritable effet.

[74] À la lumière de ce contexte, force est de constater que l’art. 2918 *C.c.Q.* n’a pas la clarté que lui attribuent les appelants et le juge dissident en Cour d’appel. Les analyses fortement divisées des auteurs de doctrine sur l’interprétation de cet article font bien ressortir son caractère ambigu. D’ailleurs, certains d’entre eux dénoncent explicitement la rédaction maladroite de cette disposition dans le contexte de cette réforme inachevée (Gidrol-Mistral, p. 317 et 340; F. Brochu, « Prescription acquisitive et publicité des droits » (2005), 107 *R. du N.* 203, p. 210; et « Revue de jurisprudence 2012 en prescription acquisitive et en publicité des droits » (2013), 115 *R. du N.* 205, p. 211).

[75] It is true that when the *Code* was enacted in 1991, the legislature seems to have intended that acquiring ownership of an immovable by prescription should be contingent upon obtaining a judgment. At the time, the Minister of Justice stated, in a way that was in itself quite equivocal, that such an acquisition would from then on have to [TRANSLATION] “be recognized by a court, as the right is not acquired by possession alone” (*Commentaires du ministre*, at p. 1831 (emphasis added)). However, as the majority of the Court of Appeal rightly noted, these comments must be read with caution, as they were written in respect of the initial version of art. 2918 *C.C.Q.*, which read as follows:

**2918.** A person who has for ten years possessed, as owner, an immovable that is not registered in the land register may acquire the ownership of it only upon a judicial demand.

The possessor may, under the same conditions, exercise the same right in respect of a registered immovable where the owner of the immovable is not identified in the land register; the same rule applies where the owner is dead or an absentee at the beginning of the ten-year period or where the land register indicates that the immovable has become a thing without an owner.

[76] This first version was very different from the current one, which I reproduce again for ease of comparison:

**2918.** A person who has for 10 years possessed an immovable as its owner may acquire the ownership of it only upon a judicial application.

[77] As can be seen, the initial version of art. 2918 *C.C.Q.* was closely linked to the reform of the publication of rights being contemplated by the legislature when it enacted the original version of the *Code*. The effects of the article varied depending on whether the immovable in question had been immatriculated. Moreover, art. 2918 *C.C.Q.*, which, like the new publication of rights system, was inspired by Swiss and German law, reflected [TRANSLATION] “the necessary relationship between the publication of rights and prescription” in the form that they were intended to have at that time (*Commentaires du ministre*, at p. 1830; see also *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, at p. 51).

[75] Lors de l’adoption du *Code* en 1991, il est vrai que le législateur semblait avoir l’intention de subordonner l’acquisition de la propriété d’un immeuble par prescription à l’obtention d’un jugement. Le ministre de la Justice affirmait à l’époque, d’une manière en soi assez équivoque, que cette acquisition devrait désormais « faire l’objet d’une reconnaissance judiciaire, la possession à elle seule ne faisant pas acquérir le droit » (*Commentaires du ministre*, p. 1831 (je souligne)). Cependant, comme le note avec justesse la majorité de la Cour d’appel, il faut lire avec circonspection ces commentaires, car ils ont été écrits au regard de la première version de l’art. 2918 *C.c.Q.*, qui se lisait ainsi :

**2918.** Celui qui, pendant dix ans, a possédé, à titre de propriétaire, un immeuble qui n’est pas immatriculé au registre foncier, ne peut en acquérir la propriété qu’à la suite d’une demande en justice.

Le possesseur peut, sous les mêmes conditions, exercer le même droit à l’égard d’un immeuble immatriculé, lorsque le registre foncier ne révèle pas qui en est le propriétaire; il en est de même, lorsque le propriétaire était décédé ou absent au début du délai de dix ans, ou s’il résulte du registre foncier que cet immeuble est devenu un bien sans maître.

[76] Cette version initiale était bien différente de la version actuelle, que je reproduis de nouveau pour faciliter la comparaison des deux textes :

**2918.** Celui qui, pendant 10 ans, a possédé un immeuble à titre de propriétaire ne peut en acquérir la propriété qu’à la suite d’une demande en justice.

[77] Comme on le constate, la première version de l’art. 2918 *C.c.Q.* était étroitement liée à la réforme de la publicité des droits envisagée par le législateur lors de l’adoption de la version initiale du *Code*. Ses effets variaient selon que l’immeuble visé était immatriculé ou non. L’article 2918 *C.c.Q.* était d’ailleurs inspiré, comme le nouveau régime de publicité des droits, par les droits suisse et allemand et visait à reconnaître « la relation nécessaire entre la publicité des droits et la prescription », telles qu’elles étaient envisagées à l’époque (*Commentaires du ministre*, p. 1830; voir aussi *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, p. 51).

[78] In light of this close relationship between the publication of rights and prescription, it was natural for the role of art. 2918 *C.C.Q.* to be altered when the reform was subsequently suspended and abandoned. The legislative debate concerning the amendment of art. 2918 *C.C.Q.* in 2000 is revealing:

[TRANSLATION] . . . we're abandoning phase II of the amendment of the Civil Code that existed, since it was not consistent with practice. It has been suspended since 1995. So we're going back to the old method, with the current prescription period, namely 10 years. [Emphasis added.]

(*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, at p. 51)

[79] At that same time, s. 143 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* was also amended by repealing the portion that had since 1992 provided that the purpose of “the judicial demand [under art. 2918 *C.C.Q.* was] to acquire ownership” of an immovable (S.Q. 2000, c. 42, s. 87).

[80] In my opinion, this shows that when the legislature abandoned the reform it had originally planned, it intended to stick with the situation that had existed under the *C.C.L.C.*, one aspect of which was the declarative nature of the judgment recognizing a right acquired by prescription to which art. 2918 *C.C.Q.* now refers. With all due respect, the claim made by certain authors that the words of this article and of arts. 805 and 806 *C.C.P.* clearly show that the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* grants a right is outdated (Normand, at p. 355; Gervais, at p. 193; Lafond, at para. 2566; Brochu, “Nouvelle posologie”, at p. 754). These articles should instead be interpreted in light of the abortive reform of the publication of rights system and the many changes that resulted from it. This leads to the conclusion that prescription depends on achieving effective possession, not on obtaining a judgment; it is acquisitive prescription that grants the right, not the judgment (Lamontagne, *Biens et propriété*, at p. 490). The judgment attests to the existence of a pre-existing right; it does not create a new right (Pratte, “La demande judiciaire”, at p. 550; Gidrol-Mistral, at pp. 331 and 333). In this

[78] Vu cette relation étroite entre la publicité des droits et la prescription, il est normal que le rôle de l'art. 2918 *C.c.Q.* ait été altéré par la suspension et l'abandon subséquents de la réforme. Les débats parlementaires entourant la modification de l'art. 2918 *C.c.Q.* en l'an 2000 sont révélateurs :

. . . on abandonne la phase II de la modification au Code civil qui existait, puisqu'elle ne correspondait pas à la pratique. Ça a été suspendu depuis 1995. Donc, on re-vient à l'ancienne méthode, avec la prescription actuelle, qui est celle de 10 ans. [Je souligne.]

(*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, p. 51)

[79] Au même moment, l'art. 143 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* était du reste modifié par l'abrogation de sa partie qui stipulait depuis 1992 que « la demande en justice [de l'art. 2918 *C.c.Q.*] visa[it] à acquérir la propriété » d'un immeuble (L.Q. 2000, c. 42, art. 87).

[80] Cela montre à mon avis que, devant l'abandon de la réforme initialement envisagée, le législateur avait l'intention de s'en tenir à la situation qui prévalait sous le *C.c.B.-C.*, incluant le caractère déclaratif du jugement reconnaissant les droits acquis par prescription auquel renvoie l'art. 2918 *C.c.Q.* Avec égards pour l'opinion contraire, il est anachronique de prétendre, comme le font quelques auteurs, que les termes de cet article et des art. 805 et 806 *C.p.c.* sont clairs sur le caractère attributif du jugement de l'art. 2918 *C.c.Q.* (Normand, p. 355; Gervais, p. 193; Lafond, par. 2566; Brochu, « Nouvelle posologie », p. 754). Ces articles doivent plutôt s'interpréter en tenant compte de la réforme avortée du régime de publicité des droits et des multiples changements qui en ont découlé. Il en ressort que l'accomplissement de la prescription dépend de la possession utile, pas de l'obtention d'un jugement; c'est la prescription acquisitive qui attribue le droit, pas le jugement (Lamontagne, *Biens et propriété*, p. 490). Celui-ci constate l'existence du droit préexistant; il ne crée pas de droit nouveau (Pratte, « La demande judiciaire », p. 550;

respect, the requirement in art. 2918 *C.C.Q.* is more like a procedural condition than a substantive one (Vincelette, at para. 515). All these characteristics suggest a nature that is more declarative than right-granting or constitutive (Lamontagne, *Biens et propriété*, at p. 490; Pratte, “La demande judiciaire”, at pp. 550-51; Gidrol-Mistral, at p. 333; Vincelette, at para. 514).

[81] It is in fact relevant in this regard that art. 468 of the new *Code of Civil Procedure*, which has replaced arts. 805 and 806 *C.C.P.*, refers not to the granting of the right of ownership, but simply to “[a]n application relating to acquisitive prescription of an immovable” and to the fact that the court “is to determine the right of ownership”. This new article in no way suggests that the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* has the proposed right-granting effect.

[82] Furthermore, the view that the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* is declarative in nature is more consistent with the very nature of prescription, which is acquired simply through the “effect of possession”, once “the last day of the period has elapsed” (arts. 2879 and 2910 *C.C.Q.*). If the right is acquired simply by the lapse of time, the judgment [TRANSLATION] “cannot create a right, because that right already exists . . . . Since the judgment recognizes a pre-existing right, it is necessarily declarative” (Gidrol-Mistral, at p. 335). Moreover, at the risk of repeating myself, if no right existed before the judgment under art. 2918 *C.C.Q.*, there would be no need to specify in the *Code* that “renunciation of acquired prescription with respect to immovable real rights shall be published” (art. 2885 *C.C.Q.*).

[83] I would add that even though the Quebec Court of Appeal has not ruled directly on this issue, what it has continually done since 1994 is to *declare* the possessor to be an owner under art. 2918 *C.C.Q.*, not to *grant* a right of ownership to the possessor (see, among others, *Dupuy*, at paras. 6, 53 and 71; *Dion v. Ouellet-Latulippe*, 2008 QCCA 1812, at para. 6 (CanLII); *Sylviculture et exploitation J.M.J. inc. v. Mayer Hill*, 2012 QCCA 1377, at paras. 1 and 4 (CanLII)).

Gidrol-Mistral, p. 331 et 333). Sous ce rapport, l’exigence de l’art. 2918 *C.c.Q.* s’apparente plus à une condition de forme (c’est-à-dire procédurale) que de fond (Vincelette, par. 515). Or, ces diverses caractéristiques tiennent plus d’un caractère déclaratif qu’attributif ou constitutif (Lamontagne, *Biens et propriété*, p. 490; Pratte, « La demande judiciaire », p. 550-551; Gidrol-Mistral, p. 333; Vincelette, par. 514).

[81] Il est, de fait, utile de noter que l’art. 468 du nouveau *Code de procédure civile*, qui remplace les art. 805 et 806 *C.p.c.*, ne réfère pas à l’attribution du droit de propriété, mais simplement à « [l]a demande relative à la prescription acquisitive d’un immeuble » et au fait que le tribunal est « appelé à établir le droit de propriété ». Ce nouvel article ne fournit pas d’indication sur le rôle prétendument attributif du jugement visé à l’art. 2918 *C.c.Q.*

[82] La nature déclarative du jugement visé à l’art. 2918 *C.c.Q.* est d’ailleurs davantage cohérente avec la nature même de la prescription, qui s’acquiert par le simple « effet de la possession », dès que « le dernier jour du délai est révolu » (art. 2879 et 2910 *C.c.Q.*). Si le droit s’acquiert par le simple écoulement du temps, le jugement « ne peut pas être constitutif d’un droit puisque celui-ci existe déjà [. . .] Or, puisque le jugement reconnaît un droit qui préexiste, il est nécessairement déclaratif » (Gidrol-Mistral, p. 335). En outre, quitte à le répéter, si aucun droit n’existait avant le jugement visé à l’art. 2918 *C.c.Q.*, il serait inutile de spécifier dans le *Code* que « la renonciation à la prescription acquise de droits réels immobiliers doit être publiée » (art. 2885 *C.c.Q.*).

[83] J’ajouterai que même si la Cour d’appel du Québec ne s’est pas prononcée directement sur cette question, elle a continué depuis 1994 de *déclarer* le possesseur propriétaire aux termes de l’art. 2918 *C.c.Q.*, plutôt que de lui *attribuer* un droit de propriété (voir notamment *Dupuy*, par. 6, 53 et 71; *Dion c. Ouellet-Latulippe*, 2008 QCCA 1812, par. 6 (CanLII); *Sylviculture et exploitation J.M.J. inc. c. Mayer Hill*, 2012 QCCA 1377, par. 1 et 4 (CanLII)).

[84] As for the Quebec Superior Court, it has ruled on several occasions that [TRANSLATION] “the judgment [under art. 2918 *C.C.Q.*] has the effect of declaring or confirming ownership”, or at the very least, that it always operates retroactively (*De Repentigny v. Fortin (Succession)*, 2012 QCCS 905, at para. 55 (CanLII); see also *Breton v. Fortin*, 2016 QCCS 6149, at paras. 64-65 (CanLII); *Gosselin v. Turner*, 2012 QCCS 388, at para. 57 (CanLII); *Caron v. Gauthier*, 2011 QCCS 2898, at paras. 51-52 (CanLII)). The Superior Court recently stated that effective possession [TRANSLATION] “prevails over titles and leads to prescription, which has force of title once it has been confirmed in a judgment” (*Beauséjour v. Centre de ski Le Relais*, 2015 QCCS 127, at para. 23 (CanLII)). It is true that the Superior Court has at times concluded [TRANSLATION] “that legal proceedings are required in order to ‘acquire’ ownership of an immovable by prescription” (*Cabana v. Valiquette*, 2013 QCCS 4710, at para. 86 (CanLII)). In *Cabana*, however, it stated that the possessors were “entitled to have the parcel of land at issue granted to them because they ha[d] acquired it through prescription” (para. 94 (emphasis added)). Moreover, in affirming that decision, the Court of Appeal noted that [TRANSLATION] “prescription had therefore already been acquired for several years” as of 2007, that is, well before the trial judge’s decision (2015 QCCA 1520, at para. 18 (CanLII) (emphasis added)). As for the Superior Court decisions cited by the dissenting judge in the Court of Appeal in the instant case to argue that the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* grants a right, they were rendered several years earlier; they do not appear to be consistent with the line of authority the court follows today (*Re Gagné*, 2009 QCCS 6064, at paras. 10 and 16 (CanLII); *Re Montmagny (Ville)*, 2005 CanLII 11604 (Que. Sup. Ct.), at para. 6; *Re Béland*, 2005 CanLII 24349 (Que. Sup. Ct.), at para. 6).

[85] Finally, no conclusion regarding the nature of the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* can be drawn from the fact that the length of the period applicable to acquisitive prescription was reduced from 30 to 10 years at the time of the enactment of the *C.C.Q.* Nor have any commentators or courts suggested that one can. By reducing most of the periods applicable to extinctive or acquisitive prescription in the *C.C.Q.*, the Quebec legislature was simply responding to the fact that [TRANSLATION]

[84] La Cour supérieure du Québec a quant à elle statué à plusieurs reprises que « le jugement [de l’art. 2918 *C.c.Q.*] est déclaratif ou confirmatif de propriété », ou à tout le moins, qu’il agit toujours de façon rétroactive (*De Repentigny c. Fortin (Succession)*, 2012 QCCS 905, par. 55 (CanLII); voir aussi *Breton c. Fortin*, 2016 QCCS 6149, par. 64-65 (CanLII); *Gosselin c. Turner*, 2012 QCCS 388, par. 57 (CanLII); *Caron c. Gauthier*, 2011 QCCS 2898, par. 51-52 (CanLII)). Récemment, elle affirmait que la possession utile « l’emporte sur les titres et conduit à la prescription qui elle, a force de titre une fois confirmée par jugement » (*Beauséjour c. Centre de ski Le Relais*, 2015 QCCS 127, par. 23 (CanLII)). Il est vrai que la Cour supérieure a parfois conclu « qu’un recours judiciaire est nécessaire pour “acquérir” la propriété d’un immeuble par prescription » (*Cabana c. Valiquette*, 2013 QCCS 4710, par. 86 (CanLII)). Dans *Cabana*, elle a cependant précisé que les possesseurs étaient « en droit de se voir attribuer la parcelle de terrain en cause pour l’avoir acquis par prescription » (par. 94 (je souligne)). En confirmant la décision, la Cour d’appel a du reste noté que « la prescription était alors acquise depuis plusieurs années déjà » en 2007, soit bien avant le jugement rendu en première instance (2015 QCCA 1520, par. 18 (CanLII) (je souligne)). Les décisions de la Cour supérieure que cite le juge dissident en Cour d’appel en l’espèce pour soutenir que le jugement de l’art. 2918 *C.c.Q.* serait attributif de droit, ont quant à elles été rendues plusieurs années auparavant; elles ne semblent pas s’inscrire dans le courant que la cour suit aujourd’hui (*Re Gagné*, 2009 QCCS 6064, par. 10 et 16 (CanLII); *Re Montmagny (Ville)*, 2005 CanLII 11604 (C.S. Qc), par. 6; *Re Béland*, 2005 CanLII 24349 (C.S. Qc), par. 6).

[85] Enfin, la réduction du délai de prescription acquisitive de 30 ans à 10 ans lors de l’adoption du *C.c.Q.* ne permet pas de tirer de conclusion sur le caractère du jugement visé à l’art. 2918 *C.c.Q.* Aucun auteur et aucune décision ne le suggère d’ailleurs. En réduisant la plupart des délais de prescription extinctive ou acquisitive dans le *C.c.Q.*, le législateur québécois répondait simplement au fait que « certaines longues prescriptions [en vigueur sous le *C.c.B.-C.*] [. . .] s’accommodaient fort mal



“certain long prescription periods [under the *C.C.L.C.*] . . . were quite poorly suited to modern legal life”, which is characterized by “the speed and stability of economic transactions” (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at paras. 1113 and 1119). What it thus wanted in 1994 was for legal situations to crystallize more quickly in a modern society that was quite different from that of 1866. There is no indication that it considered as a necessary consequence of that change that the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* would, as suggested, be one that granted a right.

[86] In sum, I am of the view that acquisitive prescription operates regardless of rights registered in the land register and that whether the judgment under art. 2918 *C.C.Q.* is right-granting or declarative is immaterial to this issue. In any event, I find that the fundamental premise for the argument of the appellants and the dissenting Court of Appeal judge to the effect that the judgment is right-granting is incorrect. In the context of the current *Code*, it must be concluded that that judgment retains the declarative role it had under the *C.C.L.C.*

(3) Incongruous Effects of Reading Art. 2918 *C.C.Q.* in Isolation

[87] Before I conclude, a few additional comments are in order.

[88] Contrary to the appellants’ argument, which the dissenting judge in the Court of Appeal accepted, holding that rights acquired by prescription can be set up against third parties regardless of entries in the land register introduces no more uncertainty into real estate transactions in Quebec than there already was. First of all, this result simply reflects the legislature’s intention to preserve the status quo in this regard. Next, the current situation is similar to the one that existed under the *C.C.L.C.* Such continuity cannot in itself be a cause of uncertainty. Finally, it should be borne in mind that, when all is said and done, the conflict that may at times arise between acquisitive prescription and the publication of rights in Quebec civil law is quite limited. Apart from this appeal, neither the Court of Appeal nor the recognized

de la vie juridique moderne », caractérisée par « la rapidité et la stabilité des échanges économiques » (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, par. 1113 et 1119). En 1994, il voulait ainsi que se cristallisent plus rapidement les situations juridiques dans une société moderne bien différente de celle de 1866. Rien n’indique qu’il percevait le caractère prétendument attributif du jugement visé à l’art. 2918 *C.c.Q.* comme un corollaire nécessaire de ce changement.

[86] En résumé, j’estime que la prescription acquisitive opère sans égard aux droits inscrits au registre foncier, et ce, peu importe que le jugement visé à l’art. 2918 *C.c.Q.* ait un rôle attributif ou déclaratif. À tout événement, je considère comme erronée la prémisse fondamentale de l’argument des appelants et du juge dissident en Cour d’appel voulant que ce jugement soit attributif. Dans le contexte du *Code* actuel, force est de conclure que ce jugement conserve le rôle déclaratif qu’il avait sous le *C.c.B.-C.*

(3) Les effets incongrus d’une lecture isolée de l’art. 2918 *C.c.Q.*

[87] Quelques commentaires additionnels s’imposent en terminant.

[88] Malgré ce que soutiennent les appelants et que retient le juge dissident en Cour d’appel, statuer que les droits acquis par prescription sont opposables sans égard aux inscriptions faites au registre foncier n’introduit pas plus d’incertitude qu’auparavant dans les transactions immobilières au Québec. D’abord, cela ne fait que refléter l’intention du législateur de préserver le statu quo à cet égard. Ensuite, la situation actuelle demeure semblable à celle qui prévalait déjà sous le *C.c.B.-C.* Une telle continuité ne saurait être en soi une source d’incertitude. Enfin, il faut bien constater que le conflit qui peut parfois exister entre la prescription acquisitive et la publicité des droits reste somme toute très limité en droit civil québécois. Mis à part le présent pourvoi, ni la Cour d’appel, ni la doctrine reconnue, ni les parties

commentators nor the parties have referred to another case in which the same issue has been raised before a Quebec court.

[89] In reality, it is instead the appellants' position that is incompatible with the current state of the law in Quebec. To claim as they do that rights registered in the land register must prevail over rights acquired by prescription could, moreover, have consequences that the legislature certainly did not intend. This confirms that the solution they propose cannot be preferred.

[90] First, their position would for all intents and purposes negate the consequences of acquisitive prescription — an institution that is nonetheless clearly recognized by the *Code* — where ownership is transferred to a third party, even if it is recognized that the aggrieved party has effective possession. In the case at bar, the effect would be to completely nullify the right the respondent had acquired by having effective possession for more than 18 years and would call into question the certainty that had thus been created both for the respondent and for third parties. Moreover, such a solution would leave the respondent without a remedy, whereas the opposite approach, on the contrary, preserves the rights of all the parties; as I mentioned above, the appellants would still have a right of action against the sellers under art. 1724 para. 2 *C.C.Q.*, provided that they are able to prove the essential elements of their claim.

[91] Second, by the appellants' own admission, their position means that the prescription period would start again from the beginning if the immovable were transferred to a new owner after the 10-year period had expired, whereas it would continue to run if the transfer were to take place before prescription was acquired. As counsel for the respondent pointed out at the hearing, the effect of this would be that a possessor who has had possession for 9 years and 11 months at the time of the sale would subsequently be able to prescribe, whereas if the sale were to take place a few weeks later, he or she would have to wait another 10 years before being able to do so. This is an arbitrary distinction that the legislature certainly could not have intended.

ne font état d'une autre affaire soulevant la même question en jurisprudence québécoise.

[89] À vrai dire, c'est plutôt la position défendue par les appelants qui s'accorde mal avec l'état actuel du droit au Québec. Prétendre comme ils le font que les droits inscrits au registre foncier doivent avoir préséance sur les droits acquis par prescription risquerait d'ailleurs d'avoir des conséquences que le législateur n'a certes pas souhaitées. Voilà qui confirme que la solution à favoriser ne saurait être celle qu'ils avancent.

[90] Premièrement, la position qu'ils adoptent anéantirait à toutes fins pratiques les conséquences de la prescription acquisitive, institution pourtant clairement reconnue par le *Code*, dès qu'un transfert de propriété serait effectué à un tiers, et ce, malgré la possession utile reconnue de la partie lésée. En l'espèce, cela aurait pour effet d'effacer complètement le droit acquis par l'intimée par le biais de sa possession utile pendant plus de 18 ans, et de remettre en cause la stabilité ainsi créée à la fois pour l'intimée et les tiers. Cette solution laisserait du reste l'intimée sans aucun recours, alors que la solution inverse préserve au contraire les droits de toutes les parties puisque, tel qu'il est indiqué précédemment, les appelants bénéficient quant à eux du recours prévu à l'art. 1724 al. 2 *C.c.Q.* contre leurs vendeurs, dans la mesure où ils sont capables d'en prouver les éléments essentiels.

[91] Deuxièmement, de l'aveu même des appelants, cette position signifierait que le délai de prescription recommencerait à zéro si l'immeuble était transféré à un nouveau propriétaire après le délai de 10 ans écoulé, alors que cette prescription continuerait à courir si le transfert avait lieu avant qu'elle ne soit acquise. Comme l'a souligné le procureur de l'intimée à l'audience, cela ferait en sorte que le possesseur qui a possédé pendant 9 ans et 11 mois au moment d'une vente pourrait prescrire par la suite, alors que si la vente avait lieu quelques semaines plus tard, il devrait attendre à nouveau 10 ans avant de pouvoir prescrire. Il s'agit là d'une distinction arbitraire que le législateur n'a certainement pu avoir souhaité.

[92] Third, another effect of the appellants' position would be to confer more rights upon the acquirer than the predecessor in title had, which is contrary to the usual rule that one cannot transfer more than what one has.

[93] Finally, this solution would favour a possessor in bad faith who, knowing that his or her possession does not reflect the true ownership of the immovable in question, would be more inclined to go to court upon the expiry of the prescription period (see, on this point, *Gidrol-Mistral*, at p. 339). In contrast, it would penalize a good-faith possessor, such as the respondent, who is unaware that his or her effective possession could be in doubt and who therefore has no interest in going to court so long as that possession is not challenged.

## VI. Conclusion

[94] In the end, the solution I would accept does not weaken the land register. Rather, it accounts for the inevitable effect of acquisitive prescription, a key institution of Quebec civil law that has been recognized by the legislature and whose purpose is to ascribe legal consequences to possession that is already peaceful, continuous, public and unequivocal.

[95] As at least one author suggests, given that art. 2918 *C.C.Q.* was enacted in the context of a reform that has not been completed and has now been abandoned, there are those who will say that the Quebec legislature would be well advised to clarify its language, the ambiguity of which gave rise to the dispute in this case (Brochu, "Prescription acquisitive et publicité des droits", at p. 210; and "Revue de jurisprudence 2012", at p. 211; see also *Gidrol-Mistral*, at p. 340). I agree that this would be a wise course of action to consider. This being said, when the courts are faced with such ambiguity, it is up to them to resolve it by interpreting the provisions at issue in a manner that preserves the internal consistency of the *Code* and, where possible, protects the rights of all the parties, especially when all of them are asserting legitimate rights.

[92] Troisièmement, la position des appelants aurait pour effet de conférer à l'acquéreur plus de droits qu'à son auteur, ce qui est contraire au principe habituel selon lequel on ne peut pas transférer davantage que ce que l'on possède.

[93] Finalement, cette solution favoriserait le possesseur de mauvaise foi qui, sachant que sa possession n'est pas conforme à la véritable propriété de l'immeuble en jeu, aurait davantage le réflexe de se pourvoir en justice dès l'expiration de son délai de prescription (voir sur ce point *Gidrol-Mistral*, p. 339). À l'inverse, elle pénaliserait le possesseur de bonne foi, tel que l'intimée, qui ignore que sa possession utile pourrait être remise en question et qui n'a donc aucun intérêt à aller devant les tribunaux tant que cette possession n'est pas contestée.

## VI. Conclusion

[94] En définitive, la solution que je propose de retenir ne fragilise pas le registre foncier. Elle reconnaît plutôt l'effet incontournable de la prescription acquisitive, une importante institution du droit civil québécois reconnue par le législateur, qui vise à conférer des conséquences juridiques à une possession qui est déjà paisible, continue, publique et non équivoque.

[95] Comme le suggère au moins un auteur, compte tenu de son adoption dans le contexte d'une réforme aujourd'hui inachevée et abandonnée, d'aucuns diront que le législateur québécois aurait intérêt à clarifier le libellé de l'art. 2918 *C.c.Q.*, dont l'ambiguïté est à la source du présent litige (Brochu, « Prescription acquisitive et publicité des droits », p. 210; et « Revue de jurisprudence 2012 », p. 211; voir également *Gidrol-Mistral*, p. 340). Je conviens que ce serait là une sage avenue à envisager. Cela dit, lorsque les tribunaux sont confrontés à une telle ambiguïté, il leur incombe de la résoudre en interprétant les dispositions en cause de façon à respecter la cohérence interne du *Code* et, lorsque cela est possible, de façon à protéger les droits de toutes les parties, surtout lorsqu'elles font toutes valoir un droit légitime.

[96] With this in mind, I am of the opinion that the solution adopted by the majority of the Court of Appeal should prevail over that of the dissenting judge. I would therefore dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[97] CÔTÉ J. (dissenting) — In my view, this appeal does not turn on an analysis of the reform of the Quebec land register or on a resurrection of art. 2962 of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”). To the contrary, its resolution depends on whether or not effect must be given to the clear expression of legislative intent reflected in the plain wording of art. 2918 *C.C.Q.*

[98] Article 2918 is unambiguous in stating that a person who has otherwise met the conditions for acquisitive prescription of an immovable “may acquire the ownership of it only upon a judicial application”.

[99] A question has nevertheless arisen as to whether or not the judgment rendered on such an application is constitutive of the right of ownership or merely declaratory with retroactive effect. If the judgment required under art. 2918 is declaratory, then the respondent here acquired ownership of the contested parking space from the appellants’ predecessor in title. It would then follow that the appellants have no claim to the parking space, since their predecessor could not have transferred it to them: *nemo dat quod non habet* (no one can give what he or she does not have). If, on the other hand, the judgment under art. 2918 is constitutive of the right of ownership and has no retroactive effect, then the parking space rightfully belongs to the appellants.

[100] Although it expressly refused to answer this question, which lies at the heart of this appeal, the majority of the Court of Appeal implicitly held that the judgment required under art. 2918 is declaratory.

[101] In my view, and with respect, it erred in doing so.

[96] Dans cette perspective, je suis d’avis que la solution adoptée par la majorité de la Cour d’appel est à privilégier de préférence à celle retenue par le juge dissident. Je rejetterais donc le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[97] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — À mon avis, le présent pourvoi ne porte pas sur l’analyse de la réforme du registre foncier québécois ni sur la résurrection de l’art. 2962 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »). Pour trancher l’appel, la Cour doit plutôt déterminer s’il faut donner effet à l’intention du législateur clairement exprimée à l’art. 2918 *C.c.Q.*

[98] L’article 2918 prévoit clairement qu’une personne qui respecte par ailleurs les conditions requises pour la prescription acquisitive d’un immeuble « ne peut en acquérir la propriété qu’à la suite d’une demande en justice ».

[99] Une question se pose néanmoins : le jugement rendu à la suite d’une telle demande est-il constitutif du droit de propriété, ou est-il purement déclaratif avec effet rétroactif? Si le jugement visé à l’art. 2918 est déclaratif, l’intimée en l’espèce a acquis de l’auteur des appelants la propriété de l’espace de stationnement en cause. Dans un tel cas, les appelants ne pourraient donc prétendre à aucun droit sur cette espace, puisque leur auteur ne pourrait pas le leur avoir transféré : *nemo dat quod non habet* (nul ne donne ce qu’il n’a pas). Si, par ailleurs, le jugement visé à l’art. 2918 est constitutif du droit de propriété et n’a pas d’effet rétroactif, l’espace de stationnement appartient légitimement aux appelants.

[100] Même si les juges majoritaires de la Cour d’appel ont expressément refusé de répondre à cette question, laquelle est au cœur du présent pourvoi, ils ont implicitement conclu que le jugement exigé par l’art. 2918 est déclaratif.

[101] J’estime avec égards que cette conclusion est erronée.

[102] Only a reading of art. 2918 that is consistent with its plain wording will respect the balance struck by the legislature between the true owner's right of ownership and the possessor's rights. Reading down the judicial application requirement so as to render the judgment on the application declaratory and retroactive — as both the majority of the Court of Appeal and the majority of this Court propose — cannot be reconciled with legislative intent. Such a reading is also inconsistent with the property and publication books of the *C.C.Q.*, and with the rationale behind acquisitive prescription. With respect, there is nothing about the language and context of art. 2918 *C.C.Q.*, or the intent underlying it, that supports treating the judicial demand requirement as a legislative mistake requiring judicial correction through a downgrading of its plain wording.

[103] Consequently, and as Justice Jacques (*ad hoc*) found in dissent in the Court of Appeal, I am of the view that under art. 2918 *C.C.Q.*, the acquisition of ownership of an immovable by prescription is conditional on first obtaining a judgment following a judicial application. That judgment is constitutive of the right of ownership and without retroactive effect. Here, the respondent did not obtain the requisite judgment before the appellants acquired title to the contested parking space. The appellants are therefore not only first in time but also first in rank, and I would accordingly allow the appeal.

#### A. *The Right of Ownership in the Civil Law of Property*

[104] In a contest over ownership of an immovable, it is helpful to begin by recalling the essential nature of the rights at stake, starting with the most fundamental of these rights.

[105] The right of ownership occupies a primordial position among real rights in the *C.C.Q.* Its conceptual lineage can be traced back to the resurgence of Roman ideals of property law following the

[102] Seule une interprétation fidèle aux termes clairs de l'art. 2918 permet de respecter l'équilibre établi par le législateur entre le droit de propriété du véritable propriétaire et les droits du possesseur. Atténuer l'exigence de la demande en justice de sorte que le jugement sur une telle demande soit déclaratif et rétroactif — comme le proposent les juges majoritaires de la Cour d'appel ainsi que ceux de la Cour — est impossible à concilier avec l'intention du législateur. Une telle interprétation est également incompatible avec les livres du *C.c.Q.* sur les biens et la publicité, ainsi qu'avec la logique qui sous-tend la prescription acquisitive. Soit dit en tout respect, j'estime que rien dans le libellé et le contexte de l'art. 2918 *C.c.Q.*, ou dans l'intention qui le sous-tend, ne permet de soutenir que l'exigence relative à la demande en justice est une erreur législative que les tribunaux devraient rectifier en atténuant la portée du sens ordinaire de son libellé.

[103] En conséquence, et comme le juge Jacques (*ad hoc*) de la Cour d'appel l'a conclu dans ses motifs dissidents, je suis d'avis que, suivant l'art. 2918 *C.c.Q.*, l'acquisition par prescription d'un droit réel immobilier est subordonnée à l'obtention d'un jugement faisant suite à une demande en justice. Ce jugement est constitutif du droit de propriété et n'a pas d'effet rétroactif. Dans le cas qui nous occupe, l'intimée n'a pas obtenu le jugement requis avant l'acquisition par les appelants du titre sur l'espace de stationnement en cause. Puisque les appelants sont ainsi premiers, non seulement sur le plan chronologique, mais aussi sur celui de l'ordre de priorité, je serais d'avis d'accueillir le pourvoi.

#### A. *Le droit de propriété en droit civil des biens*

[104] Dans une contestation relative à la propriété d'un immeuble, il convient de rappeler la nature essentielle des droits en jeu, en commençant par le plus fondamental d'entre eux.

[105] Le droit de propriété occupe une place primordiale parmi les droits réels dont il est question dans le *C.c.Q.* Il tire son origine de la résurgence des idéaux romains du droit des biens à la suite de

French Revolution. The *Declaration of the Rights of Man and of the Citizen* of 1789 — emblematic as it was of the rejection of the *Ancien Régime* — espoused a notion of property rights consistent with Roman ideals of sole ownership. Article II listed property as one of four natural rights that was imprescriptible. Article XVII described it as sacred and inviolable.

[106] The prevailing liberal ethos of the period found direct expression in the Book on Property in the *Code Napoléon* (1804). When Portalis presented Book II, Title II, on the right of ownership to the legislature, he urged lawmakers to “consecrate” by their vote “the great principle of ownership, presented in the proposed law as the right to enjoy and to dispose of things in the most absolute manner possible” (N. Kasirer, “Portalis Now”, in N. Kasirer, ed., *Le droit civil, avant tout un style?* (2003), 1, at p. 32 (emphasis deleted)). Article 544 of the *Code Napoléon* was accordingly unequivocal in its wording:

[TRANSLATION] Ownership is the right to enjoy and dispose of things in the most absolute manner, provided they are not used in a way prohibited by statutes or regulations. [Translation taken from the French government’s Légifrance website.]

[107] The drafters of the French version of the *Civil Code of Lower Canada* (“*C.C.L.C.*”) adopted identical wording in codifying the right of ownership in art. 406. The original wording of art. 406 endured until the enactment of the *C.C.Q.* in 1994, which recast it in art. 947. That article now reads as follows:

**947.** Ownership is the right to use, enjoy and dispose of property fully and freely, subject to the limits and conditions for doing so determined by law.

Ownership may be in various modalities and dismembersments.

[108] Article 947 *C.C.Q.* thus realigned the right of ownership with contemporary social mores. [TRANSLATION] “[M]odern ownership”, writes Professor Lafond, “is tending toward socialization in

la Révolution française. En effet, la *Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen* de 1789, tout emblématique fût-elle du rejet de l’Ancien Régime, faisait sienne une notion de droit des biens correspondant aux idéaux romains de propriété unique. L’article II prévoyait que la propriété était l’un des quatre droits naturels imprescriptibles. L’article XVII énonçait que ce droit était sacré et inviolable.

[106] La philosophie libérale répandue à l’époque a été consacrée dans le Livre des Biens du *Code Napoléon* (1804). Lorsque Portalis a présenté au Parlement le Titre II du Livre II sur le droit de propriété, il a invité les législateurs à [TRADUCTION] « consacrer » par leur vote « le grand principe de la propriété, présenté dans la loi proposée comme étant le droit de jouir et de disposer de biens de la manière la plus absolue possible » : N. Kasirer, « Portalis Now », dans N. Kasirer, dir., *Le droit civil, avant tout un style?* (2003), 1, p. 32 (italique omis). La formulation de l’art. 544 du *Code Napoléon* était sans équivoque :

La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

[107] Les rédacteurs du *Code civil du Bas-Canada* (« *C.c.B.-C.* ») ont adopté la même formulation lorsqu’ils ont codifié le droit de propriété prévu à l’art. 406. Le libellé de cette disposition a perduré dans sa forme originale jusqu’à l’adoption du *C.c.Q.* en 1994, où il a été reformulé ainsi à l’art. 947 :

**947.** La propriété est le droit d’user, de jouir et de disposer librement et complètement d’un bien, sous réserve des limites et des conditions d’exercice fixées par la loi.

Elle est susceptible de modalités et de démembrements.

[108] L’article 947 *C.c.Q.* a donc fait concorder le droit de propriété avec les mœurs contemporaines. « [L]a propriété moderne », écrit le professeur Lafond, « tend à se socialiser au nom de l’intérêt

the name of the public interest” (P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2nd ed. 2007), at para. 51). Yet, even today, the right of ownership retains a quasi-constitutional dimension under ss. 6 and 8 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, and remains the primordial real right in the *C.C.Q.*: [TRANSLATION] “This right is distinct from other real rights in being absolute, exclusive and perpetual” (S. Normand, *Introduction au droit des biens* (2nd ed. 2014), at p. 83). As Professor Normand notes, it gives its holder “total mastery over property, whereas other real rights confer only partial mastery” (p. 99 (citation omitted)). “The owner alone can lay claim to all the attributes of the subject of his or her right” (p. 100). And, crucially, for the purposes of this appeal:

[TRANSLATION] The perpetual nature of the right of ownership means that the right lasts as long as the property to which it relates. . . . [O]wnership is extinguished by the loss of property that results from its destruction or abandonment. . . . In this regard, ownership differs from other real rights, which are extinguished simply because their holder ceases to use them for a period of ten years (1162(5); 1191(5); 1208(5) C.C.Q.). [Citations omitted; *ibid.*]

#### B. *Prescription in the Civil Law*

[109] Prescription is one mode of acquiring the right of ownership over property (see arts. 916, 2875, and 2910 *C.C.Q.*). This is the acquisitive aspect of prescription. But the operation of prescription has a dual function insofar as the prior owner’s right is extinguished. The concept of prescription therefore creates a tension “in relation to powerful real rights, and especially with the most powerful of these, ownership” (D. Lametti, “Prescription à la recherche du temps: In Search of Past Time (or Recognition of Things Past)”, in M.-F. Bureau and M. Devinat, eds., *Les livres du Code civil du Québec* (2012), 267, at p. 273).

[110] It is this tension between the operation of prescription and the right of ownership — inherent in acquisitive prescription — which may beget social scorn. As Martineau writes, prescription

général » : P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2<sup>e</sup> éd. 2007), par. 51. Pourtant, encore aujourd’hui, le droit de propriété conserve des dimensions quasi constitutionnelles découlant des art. 6 et 8 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, et demeure le droit réel primordial dans le *C.c.Q.* : « Ce droit se distingue des autres droits réels par son caractère absolu, exclusif et perpétuel » (S. Normand, *Introduction au droit des biens* (2<sup>e</sup> éd. 2014), p. 83). Comme le souligne le professeur Normand, ce droit donne à son titulaire « la maîtrise totale d’un bien, alors que les autres droits réels ne confèrent que des maîtrises partielles » : p. 99 (référence omise). « Le propriétaire est seul à prétendre à l’ensemble des attributs sur l’objet de son droit » : p. 100. Le professeur Normand fait également les remarques suivantes, d’une importance capitale dans le présent pourvoi :

La perpétuité du droit de propriété veut dire que ce droit dure aussi longtemps que le bien sur lequel il porte. [. . .] [L]a propriété s’éteint par la perte du bien qui résulte de sa destruction ou de son abandon. [. . .] En cela, la propriété se distingue des autres droits réels qui eux s’éteignent du seul fait que leur titulaire cesse d’en faire usage pendant une période de dix ans (1162, 5<sup>o</sup>; 1191, 5<sup>o</sup>; 1208, 5<sup>o</sup> C.c.Q.). [Références omises; *ibid.*]

#### B. *La prescription en droit civil*

[109] La prescription constitue l’une des façons d’acquérir un droit de propriété sur un bien : voir les art. 916, 2875 et 2910 *C.c.Q.* Il s’agit de l’aspect acquisitif de la prescription. L’opération de la prescription a toutefois une double fonction dans la mesure où elle entraîne aussi l’extinction du droit du propriétaire précédent. Le concept de prescription crée donc une tension [TRADUCTION] « en lien avec des droits réels puissants, et particulièrement avec le plus puissant de tous, la propriété » : D. Lametti, « Prescription à la recherche du temps : In Search of Past Time (or Recognition of Things Past) », dans M.-F. Bureau et M. Devinat, dir., *Les livres du Code civil du Québec* (2012), 267, p. 273.

[110] C’est cette tension entre l’effet de la prescription et le droit de propriété — inhérente à la prescription acquisitive — qui peut être la source d’un certain mépris social puisque, comme l’écrit

[TRANSLATION] “evokes the image of owners stripped of their right of ownership in favour of usurpers” (P. Martineau, *La Prescription* (1977), at p. 14). Clearly, this was not the rationale which led the legislature to introduce prescription into the law (*ibid.*). Rather, the regime of prescription is essentially grounded in a two-fold purpose.

[111] First, prescription operates to efficiently quiet title such that a party to a translatory act need not prove the validity of each link in the chain of title:

[TRANSLATION] Thus, if prescription did not exist, owners of immovables who had to prove their right of ownership in legal proceedings would have to start by establishing that they had acquired the immovables in issue by way of translatory acts: sale, exchange, gift, will, etc. That evidence would not be sufficient, since the acquirers could not have become owners unless their predecessors were themselves owners. And the predecessors could be owners only if they themselves had acquired the immovables from true owners. It would therefore be necessary to go back through successive alienations to the origins of the immovables. It is easy to see that such undertakings would be extremely difficult, if not next to impossible.

(Martineau, at p. 15)

[112] Second, and as referenced above, prescription operates so as to allow a possessor in fact to acquire the right of ownership to the detriment of the true owner, whose own right is extinguished. Prescription thereby generates certainty and stabilizes property relationships by coating longstanding situations of fact with a legal veneer:

[TRANSLATION] The purpose of acquisitive prescription is precisely to regularize *de facto* situations that have persisted; a mere *de facto* situation becomes a *de jure* situation as well. . . . A possessor who was not an owner becomes one. . . . Fact and law are now consistent.

(Martineau, at p. 17)

[113] This latter rationale is the one that applies in what is colloquially called the squatter scenario (see

le professeur Martineau, la prescription « évoque l’image d’un propriétaire dépouillé de son droit de propriété au profit d’un usurpateur » : P. Martineau, *La Prescription* (1977), p. 14. Ce n’est manifestement pas cette logique qui a guidé le législateur lorsqu’il a intégré le concept de prescription au droit : *ibid.* Le régime de prescription est plutôt fondé essentiellement sur deux objets.

[111] D’abord, la prescription a pour effet de valider les titres, de sorte que la partie à un acte translatif de propriété n’a pas à prouver la validité de chaque maillon de la chaîne de titres :

Ainsi, le propriétaire d’un immeuble, tenu de prouver son droit de propriété au cours d’une instance en justice, devrait, si la prescription n’existait pas, commencer par établir qu’il a acquis l’immeuble en litige au moyen d’un acte translatif de propriété : vente, échange, donation, testament, etc. Cette preuve serait insuffisante, car l’acquéreur n’a pu devenir propriétaire que si son aliénateur était lui-même propriétaire. Ce dernier ne pouvait être propriétaire qu’à la condition d’avoir lui-même acquis d’un véritable propriétaire. Il faudrait donc remonter, à travers les aliénations successives, jusqu’à l’origine de l’immeuble. On réalise facilement l’extrême difficulté, sinon la quasi-impossibilité, d’une telle entreprise.

(Martineau, p. 15)

[112] Ensuite, comme nous l’avons déjà mentionné, la prescription a pour effet de permettre au possesseur de fait d’acquérir le droit de propriété au détriment du véritable propriétaire, dont le droit est éteint. En ce sens, la prescription est génératrice de certitude, et elle consolide les rapports de propriété en donnant aux situations de fait prolongées un caractère légal officiel :

Le but de la prescription acquisitive est précisément de consolider les situations de fait qui se sont prolongées; la simple situation de fait devient, en plus, une situation de droit. [. . .] Le possesseur qui n’était pas propriétaire le devient. [. . .] Il y a maintenant concordance entre le fait et le droit.

(Martineau, p. 17)

[113] Cette logique est celle qui s’applique dans la situation appelée communément « scénario du



Normand, at p. 349; F. Brochu, “Prescription acquisitive en 2007” (2008), 110 *R. du N.* 225, at p. 236). As Justice Jacques correctly noted in his dissent in the Court of Appeal, that is the scenario in the instant case. As for the true owner in such a scenario, Martineau writes:

[TRANSLATION] For an owner who is stripped of his or her right by the operation of prescription in favour of a possessor who may be in bad faith, the least that can be said is that the owner was not diligent in protecting and preserving that right. For many years, the law continued to recognize the right and to provide the owner with ways to assert it even though he or she no longer had possession. The owner had enough time to ensure that his or her interests were protected; by acting within that time, the owner could have prevented prescription from occurring and thereby avoided losing the right; if the owner did not do so, he or she was negligent and therefore no longer deserves the protection of the law. [pp. 17-18]

[114] In addition to ceasing to protect a true owner who has been negligent, the law generally prefers an owner who is not wasteful, and who will put the property to use (H., L. and J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil* (8th ed. 1994), t. II, vol. II, *Biens*, at p. 263). Practically speaking, the example of the squatter who installs himself illegally on a negligent owner’s property is more or less folkloric (Normand, at p. 349). Instead, [TRANSLATION] “[a]cquisitive prescription is generally used to rectify defects of title rather than to confer a right of ownership on a squatter” (Brochu, “Prescription acquisitive en 2007”, at p. 236).

[115] Whether operating to cure a defect in title or to permit acquisition at the expense of the true owner’s right, the regime of prescription has a clear underlying rationale: to promote the efficiency, stability and security of property relationships.

[116] Given my colleague’s conclusion — which I do not share — that, with respect to the acquisitive prescription of an immovable “the legislature . . . intended to stick with the situation that had existed under *C.C.L.C.*” (para. 80), it is instructive to review the prescription regime as it existed under the *C.C.L.C.*

*squatter* » : voir Normand, p. 349; F. Brochu, « Prescription acquisitive en 2007 » (2008), 110 *R. du N.* 225, p. 236. Comme le juge Jacques de la Cour d’appel l’a noté à juste titre dans ses motifs dissidents, il s’agit de la situation en l’espèce. Pour ce qui est du véritable propriétaire dans une telle situation, le professeur Martineau écrit :

Quant au propriétaire dépouillé de son droit par l’effet de la prescription au profit d’un possesseur possiblement de mauvaise foi, le moins qu’on puisse dire c’est qu’il n’a pas fait preuve de diligence pour protéger et conserver son droit. Pendant de nombreuses années, la loi a continué, même s’il n’avait plus la possession, de lui reconnaître son droit et de mettre à sa disposition les moyens de le faire valoir. Il a bénéficié d’un délai suffisamment long pour voir à la protection de ses intérêts; il pouvait, en agissant dans ce délai, empêcher la prescription de se réaliser, et ainsi éviter de perdre son droit; s’il ne l’a pas fait, il a démontré une négligence et, de ce fait, ne mérite plus la protection de la loi. [p. 17-18]

[114] En plus de cesser de protéger le véritable propriétaire qui a fait preuve de négligence, la loi favorise généralement le propriétaire qui fait bon usage de son bien : H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil* (8<sup>e</sup> éd. 1994), t. II, vol. II, *Biens*, p. 263. En termes pratiques, l’exemple du squatter qui s’installe illégalement sur la propriété d’un propriétaire négligent est plus ou moins folklorique : Normand, p. 349. En effet, « [l]a prescription acquisitive est généralement utilisée pour corriger des vices de titre plutôt que pour conférer un droit de propriété à un squatter » : Brochu, « Prescription acquisitive en 2007 », p. 236.

[115] Que l’effet de la prescription soit de corriger un vice de titre ou de permettre l’acquisition d’un titre au détriment du véritable propriétaire, la raison d’être de ce régime est claire : il vise à assurer l’efficacité, la stabilité et la sécurité des rapports de propriété.

[116] Compte tenu de l’opinion de mon collègue — à laquelle je ne peux me rallier — selon lequel, eu égard à la prescription acquisitive d’un immeuble, « le législateur avait l’intention de s’en tenir à la situation qui prévalait sous le *C.c.B.-C.* » (par. 80), il convient d’examiner cette situation.

C. *Acquisitive Prescription of an Immovable Under the Civil Code of Lower Canada*

[117] Under the *C.C.L.C.*, the rationale of promoting the efficiency, stability and security of property relationships inhered in the possessory periods and conditions attaching to the acquisitive prescription of an immovable under arts. 2242 and 2251. Under art. 2242 *C.C.L.C.*, a possessor in bad faith could acquire ownership of an immovable by possessing it for 30 years. Under art. 2251 *C.C.L.C.*, the prescriptive period was reduced to 10 years for a purchaser in good faith under a translatory title.

[118] These differing periods were no doubt a reflection of the underlying rationale of prescription as it played out in different scenarios. Article 2242 *C.C.L.C.* contemplated the “squatter scenario”. It permitted, *inter alia*, a possessor in bad faith to acquire ownership at the expense of the true owner, but the possessor needed to wait the full period of 30 years — *la trentenaire*. If, over the course of 30 years, the true owner did not assert his or her rights, then it could truly be said, as Martineau does, that the true owner [TRANSLATION] “had enough time to ensure that his or her interests were protected; by acting within that time, the owner could have prevented prescription from occurring and thereby avoided losing the right; if the owner did not do so, he or she was negligent and therefore no longer deserves the protection of the law” (Martineau, at pp. 17-18).

[119] On the other hand, where the possessor acquired the immovable in good faith through a translatory act, but the title was defective, the period was shortened to 10 years. As explained earlier, the 10-year period provided an efficient avenue for quieting title. But it was also shorter in light of the fact that the possessor had met the essential condition of acquiring the right of ownership by translatory act (see *Croisetière v. Gélinas*, [1977] C.A. 183, at pp. 185-86). Concerns about the extinguishment of the true owner’s right were therefore attenuated in this scenario. In the absence of such concerns, the

C. *La prescription acquisitive d’un immeuble sous le régime du Code civil du Bas-Canada*

[117] Aux termes du *C.c.B.-C.*, le régime de prescription et sa raison d’être — soit favoriser l’efficacité, la stabilité et la sécurité des rapports de propriété — reposaient sur les périodes de possession et les conditions assorties à la prescription acquisitive d’un immeuble suivant les art. 2242 et 2251. Selon l’art. 2242 *C.c.B.-C.*, le possesseur, même de mauvaise foi, pouvait acquérir le droit de propriété d’un immeuble s’il en avait la possession pendant 30 ans. Suivant l’art. 2251, le délai de prescription était réduit à 10 ans pour celui qui acquérait un immeuble de bonne foi par titre translatif de propriété.

[118] Il ne fait aucun doute que les différentes périodes reflétaient la raison d’être de la prescription dans différents scénarios. L’article 2242 *C.c.B.-C.* visait le « scénario du squatter ». Il permettait, notamment, au possesseur de mauvaise foi d’acquérir un droit de propriété au détriment du véritable propriétaire, mais seulement après 30 ans — *la trentenaire*. Si, pendant cette période, le véritable propriétaire ne revendiquait pas ses droits, il pouvait certainement être dit, comme le fait le professeur Martineau, qu’il « a[vait] bénéficié d’un délai suffisamment long pour voir à la protection de ses intérêts; il [aurait pu], en agissant dans ce délai, empêcher la prescription de se réaliser, et ainsi éviter de perdre son droit; s’il ne l’a[vait] pas fait, il a[vait] démontré une négligence et, de ce fait, ne mérit[ait] plus la protection de la loi » : Martineau, p. 17-18.

[119] Par ailleurs, dans le cas où le possesseur avait acquis l’immeuble de bonne foi par acte translatif de propriété, mais que le titre était vicié, le délai était réduit à 10 ans. Comme je l’ai déjà expliqué, la possession durant 10 ans constituait un moyen efficace de valider les titres de propriété; ce délai était également plus court en raison du fait que le possesseur avait satisfait à la condition essentielle, soit acquérir le droit de propriété par acte translatif : voir *Croisetière c. Gélinas*, [1977] C.A. 183, p. 185-186. Les inquiétudes à propos du risque d’extinction du droit du véritable propriétaire dans un tel scénario

efficiency of quieting title was paramount, and the legislature deemed that the shorter 10-year window was appropriate.

[120] In both cases, if the possessor had met the requirements of effective possession, the lapse of time alone solidified his or her right under art. 2183 *C.C.L.C.*, which stated that “[p]rescription is a means of acquiring, or of being discharged, by lapse of time and subject to conditions established by law.”

[121] Article 2183a *C.C.L.C.* provided as follows:

**2183a.** The judicial recognition of the absolute right of ownership acquired by prescription by ten years or by thirty years may take place by following the formalities provided in this respect by the Code of Civil Procedure.

[122] The language of art. 2183a *C.C.L.C.* was clear insofar as the legislature’s use of the past participle “acquired” showed that the acquisition of the right of ownership had already taken place through prescription. In other words, any judgment obtained pursuant to art. 2183a *C.C.L.C.* was clearly declaratory or confirmatory, and not constitutive of the right of ownership.

[123] As I explain below, the language of art. 2918 *C.C.Q.* today is equally clear, but in the opposite direction. Unlike my colleague, however, I cannot accept the premise that a court is entitled to read down its express words to arrive at the conclusion that nothing has changed despite its introduction.

D. *Article 2918 C.C.Q. and Acquisitive Prescription of an Immovable Under the Civil Code of Québec*

[124] Under the *C.C.Q.*, effective possession over time remains an important criterion in order for a *de facto* set of circumstances to result in a *de jure* ownership through the operation of acquisitive prescription. Yet it is not the sole criterion.

étaient atténuées. Et, ainsi, l’efficacité de la validation des titres étant capitale, le législateur avait jugé qu’une période de 10 ans était appropriée.

[120] Dans les deux cas, si le possesseur avait satisfait aux exigences de la possession utile, le temps écoulé suffisait à consolider le droit de propriété suivant l’art. 2183 *C.c.B.-C.*, qui prévoyait que « [l]a prescription est un moyen d’acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi. »

[121] L’article 2183a *C.c.B.-C.* prévoyait ce qui suit :

**2183a.** La reconnaissance judiciaire du droit de propriété absolu acquis par la prescription de dix ans ou celle de trente ans peut avoir lieu en suivant les formalités prescrites à ce sujet par le Code de procédure civile.

[122] Le libellé de l’art. 2183a *C.c.B.-C.* était clair en ce sens que le législateur avait employé le participe passé « acquis » pour indiquer que l’acquisition du droit de propriété avait déjà pris effet grâce à la prescription. Autrement dit, tout jugement obtenu en application de l’art. 2183a *C.c.B.-C.* était manifestement déclaratif ou confirmatif, et non constitutif du droit de propriété.

[123] Comme je l’expliquerai, le libellé de l’art. 2918 *C.c.Q.* actuel est tout aussi clair, mais à l’opposé. Toutefois, contrairement à mon collègue, je ne saurais accepter la prémisse selon laquelle un tribunal peut donner une interprétation atténuée aux termes exprès de cet article pour en arriver à la conclusion que rien n’a changé malgré son adoption.

D. *L’article 2918 C.c.Q. et la prescription acquisitive d’un immeuble selon le Code civil du Québec*

[124] Aux termes du *C.c.Q.*, la possession utile prolongée demeure le principal critère qui permet qu’un ensemble de circonstances *de facto* résulte en un droit de propriété par l’effet de la prescription acquisitive. Ce n’est toutefois pas le seul critère.

[125] Like its predecessor provision, art. 2183 *C.C.L.C.*, art. 2875 *C.C.Q.* provides, in relevant part, that “[p]rescription is a means of acquiring or of being released by the lapse of time and according to the conditions determined by law”. The *C.C.Q.* now explicitly states that “[a]cquisitive prescription requires possession conforming to the conditions set out in the Book on Property” (art. 2911 *C.C.Q.*). In addition to the exercise of possession in fact (the *corpus*), the possessor must act with the intention (the *animus*) of an owner, which is presumed (art. 921 *C.C.Q.*), and the possession itself must be “peaceful, continuous, public and unequivocal” to produce “effects in law” (art. 922 *C.C.Q.*). These conditions relating to the nature of the possession did not change with the introduction of the *C.C.Q.* That these conditions were met by the respondent is not at issue before this Court.

[126] However, some of the conditions for acquisitive prescription of an immovable did change with the introduction of the *C.C.Q.* First, a single possessory period of 10 years was set regardless of the good or bad faith of the possessor or the presence or absence of translatory title. Second — in view of this expansion of possessors’ rights — the legislature imposed a condition that the possessor may acquire the right of ownership only upon a judicial application. In my view, the majority of the Court of Appeal erred in failing to enforce the latter condition, as required by art. 2918 *C.C.Q.*

[127] Article 2918 *C.C.Q.* differs significantly from art. 2183a *C.C.L.C.*:

**2183a.** The judicial recognition of the absolute right of ownership acquired by prescription by ten years or by thirty years may take place by following the formalities provided in this respect by the Code of Civil Procedure.

**2183a.** La reconnaissance judiciaire du droit de propriété absolue acquis par la prescription de dix ans ou celle de trente ans peut avoir lieu en suivant les formalités prescrites à ce sujet par le Code de procédure civile.

[125] Comme la disposition qui l’a précédé, soit l’art. 2183 *C.c.B.-C.*, l’art. 2875 *C.c.Q.* prévoit notamment que « [l]a prescription est un moyen d’acquérir ou de se libérer par l’écoulement du temps et aux conditions déterminées par la loi ». Le *C.c.Q.* prévoit désormais expressément que « [l]a prescription acquisitive requiert une possession conforme aux conditions établies au livre Des biens » : art. 2911 *C.c.Q.* En plus de l’exercice de la possession de fait (le *corpus*), le possesseur doit avoir la volonté (l’*animus*) d’un propriétaire, et cette volonté est présumée : art. 921 *C.c.Q.* Quant à elle, la possession doit être « paisible, continue, publique et non équivoque » pour produire « des effets » : art. 922 *C.c.Q.* Ces conditions portant sur la nature de la possession n’ont pas changé lors de l’adoption du *C.c.Q.* Le respect de ces conditions par l’intimée n’est pas en cause devant la Cour.

[126] Cependant, certaines des conditions relatives à la prescription acquisitive d’un immeuble ont bel et bien changé lors de l’adoption du *C.c.Q.* D’abord, la période de possession a été fixée à une seule période unique de 10 ans, sans considération de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur, ni de la présence ou de l’absence d’un titre translatif de propriété. Ensuite — et compte tenu de cet élargissement des droits du possesseur —, le législateur a imposé une condition voulant que le possesseur ne puisse acquérir le droit de propriété qu’à la suite d’une demande en justice. À mon avis, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commis une erreur en n’exigeant pas le respect de cette condition, comme le dicte l’art. 2918 *C.c.Q.*

[127] L’article 2918 *C.c.Q.* diffère considérablement de l’art. 2183a du *C.c.B.-C.* :

**2183a.** La reconnaissance judiciaire du droit de propriété absolue acquis par la prescription de dix ans ou celle de trente ans peut avoir lieu en suivant les formalités prescrites à ce sujet par le Code de procédure civile.

**2183a.** The judicial recognition of the absolute right of ownership acquired by prescription by ten years or by thirty years may take place by following the formalities provided in this respect by the Code of Civil Procedure.

**2918.** A person who has for 10 years possessed an immovable as its owner may acquire the ownership of it only upon a judicial application.

**2918.** Celui qui, pendant 10 ans, a possédé un immeuble à titre de propriétaire ne peut en acquérir la propriété qu'à la suite d'une demande en justice.

[128] Notwithstanding the fact that art. 2918 *C.C.Q.* plainly lies at the heart of this appeal, the majority of the Court of Appeal expressly declined to answer the question of whether its plain wording should be given effect. However, insofar as the majority held that the respondent had already acquired the right of ownership over the contested parking space, it implicitly treated the judgment under art. 2918 as a declaratory one (see also G. Gidrol-Mistral, “Publicité des droits et prescription acquisitive: des liaisons dangereuses?” (2016), 46 *R.G.D.* 303, at p. 335).

[129] In my view, it erred in doing so. The clear wording of art. 2918 makes a judicial application a prerequisite to acquiring the right of ownership over an immovable. A court’s sole objective in interpreting the *C.C.Q.* — and indeed, all legislation — is to ascertain the will of the legislature. It is obvious that its “interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21). But where the words of a provision are devoid of all ambiguity and are supported by a context that aligns with a clear legislative intent, we cannot distort that intent by referring to other contextual considerations, lest we put the Court in the legislature’s shoes.

[130] The prerequisite of a judicial application under art. 2918 has no antecedent in the *C.C.L.C.* Given the absence of any ambiguity in the wording of art. 2918, and the deliberate legislative choice to retain the judicial application requirement when the article was amended, the effects of the article cannot be defined by reference to practices prevailing under the *C.C.L.C.*

**2918.** Celui qui, pendant 10 ans, a possédé un immeuble à titre de propriétaire ne peut en acquérir la propriété qu'à la suite d'une demande en justice.

**2918.** A person who has for 10 years possessed an immovable as its owner may acquire the ownership of it only upon a judicial application.

[128] Même si l’art. 2918 *C.c.Q.* se trouve manifestement au cœur du présent pourvoi, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont expressément refusé de répondre à la question de savoir s’il faut donner effet au sens ordinaire de son libellé. Cependant, dans la mesure où ces mêmes juges ont conclu que l’intimée avait déjà acquis le droit de propriété sur l’espace de stationnement en cause, ils ont implicitement considéré le jugement requis par l’art. 2918 comme un jugement déclaratif : voir également G. Gidrol-Mistral, « Publicité des droits et prescription acquisitive : des liaisons dangereuses? » (2016), 46 *R.G.D.* 303, p. 335.

[129] À mon avis, ils ont eu tort. Selon le libellé limpide de l’art. 2918, une demande en justice est nécessaire à l’acquisition d’un droit de propriété sur un immeuble. Le seul objectif d’une cour lorsqu’elle interprète le *C.c.Q.* — et du reste, toutes les lois — est de s’assurer de la volonté du législateur. Il est évident que « l’interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi » : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Cela dit, lorsque les mots d’une disposition sont dénués de toute ambiguïté, et qu’ils s’inscrivent dans un contexte traduisant l’objectif clair du législateur, la Cour ne peut déformer cette intention en renvoyant à d’autres facteurs contextuels, sous peine d’usurper les fonctions du législateur.

[130] L’obligation de présenter une demande en justice prévue à l’art. 2918 n’a pas de précédent dans le *C.c.B.-C.* Puisque le libellé de cette disposition est limpide, et que lors de sa modification, le législateur a délibérément choisi de conserver l’obligation relative à la demande en justice, les effets de cet article ne peuvent être définis en fonction de pratiques qui avaient cours sous le régime du *C.c.B.-C.*

[131] Nor, in my view, can its meaning be determined by reference to the repeal or amendment of arts. 2962, 2944 para. 2, and 2943 *C.C.Q.* The efficacy of these articles hinged on the completion of the land register reform. Because of the difficulties and costs associated with the characterization of rights, as well as the potential liability of notaries for any mischaracterization of rights, the National Assembly abandoned the reform in 2000 (F. Brochu, “Critique d’une réforme cosmétique en matière de publicité foncière” (2003), 105 *R. du N.* 761, at p. 789).

[132] As a result, art. 2962, which codified the principle of public confidence — the notion that an acquirer of a real right could rely on the land register — was repealed. Similarly, art. 2944 para. 2 — which created an irrebuttable presumption of a right of ownership if, after 10 years of registration in the register, the right was not contested — was also repealed, leaving only “a simple presumption of the existence of that right” (art. 2944 *C.C.Q.*). Finally, art. 2943 — which originally provided that any published right was “deemed known” to any “person acquiring or publishing a right in the same immovable” — was amended to provide for only a simple presumption. When the land register reform was abandoned in 2000, these articles of the *C.C.Q.* became unworkable and had to be amended or repealed.

[133] With respect, however, I do not find that a discussion of the abandonment of the land register reform, and the resulting amendment or repeal of articles relating to the reform, provides context that supports reading down the express words of art. 2918 *C.C.Q.* Indeed, I find such a discussion to be misguided for a number of reasons. Chief among them is the fact that it misconstrues the *raison d’être* of art. 2918 as being grounded solely in the publication regime envisioned by the land register reform and consequently treats the judicial application

[131] On ne peut non plus, à mon avis, définir son sens en fonction de l’abrogation ou de la modification des art. 2962 et 2943 et du deuxième alinéa de l’art. 2944 *C.c.Q.* L’efficacité de ces articles dépendait de la réalisation de la réforme du registre foncier. En raison des difficultés et des coûts associés à la caractérisation des droits, ainsi que du fait que les notaires auraient couru le risque d’engager leur responsabilité professionnelle en cas d’erreur dans cette caractérisation, l’Assemblée nationale a laissé tomber la réforme du registre foncier en l’an 2000 : F. Brochu, « Critique d’une réforme cosmétique en matière de publicité foncière » (2003), 105 *R. du N.* 761, p. 789.

[132] En conséquence, l’art. 2962 *C.c.Q.*, qui consacrait le principe de foi publique — la notion voulant que l’acquéreur d’un droit réel puisse se fier au registre foncier — a été abrogé. De la même façon, le deuxième alinéa de l’art. 2944 — qui créait la présomption irréfragable de l’existence d’un droit de propriété si, après avoir été inscrit pendant 10 ans dans le registre, ce droit n’avait pas été contesté — a également été abrogé, laissant seulement une « présomption simple de l’existence de ce droit » : art. 2944 *C.c.Q.* Finalement, l’art. 2943 *C.c.Q.* — qui prévoyait à l’origine que tout droit publié « est réputé connu de celui qui acquiert ou publie un droit sur le même bien immobilier » — a été modifié de façon à ne prévoir qu’une présomption simple. Lorsque la réforme du registre foncier a été abandonnée en 2000, ces articles du *C.c.Q.* sont devenus inapplicables et leur modification ou leur abrogation sont devenues nécessaires.

[133] Soit dit en tout respect, je ne crois toutefois pas qu’une analyse de l’abandon de la réforme du registre foncier et des modifications ou abrogations des articles du *C.c.Q.* en découlant fournissent un contexte suffisant pour justifier l’interprétation atténuée du libellé exprès de l’art. 2918 *C.c.Q.* En effet, j’estime qu’une telle analyse est erronée pour plusieurs raisons. La principale de ces raisons étant que cette analyse interprète erronément la *raison d’être* de l’art. 2918 — en ce sens que cet article serait exclusivement fondé sur le régime de publicité

requirement as an incidental casualty of the abandonment of that regime.

[134] Article 2918 *C.C.Q.* is “new” in the sense that it makes a judicial application a prerequisite to the acquisitive prescription of an immovable. But art. 2918 *C.C.Q.* replaces arts. 2242 and 2251 *C.C.L.C.* insofar as it substitutes a single 10-year period and a judgment for the conditions previously attaching to 30-year prescription and 10-year prescription under the *C.C.L.C.* To reiterate, under art. 2242 *C.C.L.C.*, a possessor in bad faith and without title could acquire an immovable only after possessing it for 30 years. Article 2251 *C.C.L.C.* provided for prescriptive acquisition after only 10 years, but only if the possessor in good faith could found his or her possession upon a translatory title. This streamlined the resolution of clouds on title. In light of this context, a careful reading of the legislative history of art. 2918 *C.C.Q.* plainly reveals that the legislature intended the judgment on the judicial application to be constitutive of the right of ownership and without retroactive effect. With respect, it is difficult to see how my colleague’s reference to the amendment of art. 2918 favours reading down the judicial application condition, when maintaining the condition was precisely the result of that amendment.

[135] As originally drafted in 1991, prior to the abandonment of the land register reform, art. 2918 *C.C.Q.* read as follows:

**2918.** A person who has for ten years possessed, as owner, an immovable that is not registered in the land register may acquire the ownership of it only upon a judicial demand.

The possessor may, under the same conditions, exercise the same right in respect of a registered immovable where the owner of the immovable is not identified in the land register; the same rule applies where the owner is dead or an absentee at the beginning of the ten-year period or where the land register indicates that the immovable has become a thing without an owner.

envisagé dans le cadre de la réforme du registre foncier — et que, dès lors, l’obligation relative à la demande en justice serait une conséquence accessoire de l’abandon de ce régime.

[134] L’article 2918 *C.c.Q.* est « nouveau », en ce sens que la demande en justice devient nécessaire à l’acquisition par prescription d’un immeuble. Il remplace aussi les art. 2242 et 2251 *C.c.B.-C.* dans la mesure où il remplace les conditions liées à la prescription trentenaire et à la prescription décennale établies par le *C.c.B.-C.* par une seule période de 10 ans et un jugement. Il convient de rappeler que, selon l’art. 2242 *C.c.B.-C.*, un possesseur de mauvaise foi et sans titre pouvait acquérir un immeuble seulement après en avoir eu possession pendant 30 ans. L’article 2251 *C.c.B.-C.* prévoyait une prescription acquisitive de 10 ans, mais seulement si le possesseur de bonne foi pouvait fonder sa possession sur un titre translatif de propriété. Ces dispositions visaient à dissiper les ambiguïtés relatives aux titres. À la lumière de ce contexte, il ressort clairement d’un examen attentif de l’historique législatif de l’art. 2918 *C.c.Q.* que le législateur souhaitait que le jugement faisant suite à la demande en justice soit constitutif du droit de propriété et sans effet rétroactif. Avec égards, je vois mal en quoi la référence par mon collègue à la modification de l’art. 2918 militerait en faveur d’une interprétation atténuée de l’obligation relative à la demande en justice, alors que le maintien de la condition était précisément le résultat de cette modification.

[135] Dans sa version originale rédigée en 1991, soit avant l’abandon de la réforme du registre foncier, l’art. 2918 *C.c.Q.* était rédigé comme suit :

**2918.** Celui qui, pendant dix ans, a possédé, à titre de propriétaire, un immeuble qui n’est pas immatriculé au registre foncier, ne peut en acquérir la propriété qu’à la suite d’une demande en justice.

Le possesseur peut, sous les mêmes conditions, exercer le même droit à l’égard d’un immeuble immatriculé, lorsque le registre foncier ne révèle pas qui en est le propriétaire; il en est de même, lorsque le propriétaire était décédé ou absent au début du délai de dix ans, ou s’il résulte du registre foncier que cet immeuble est devenu un bien sans maître.

[136] The original art. 2918 took effect on January 1, 1994, before the land register reform was implemented. In its original formulation, the article essentially limited the possibility of acquisitive prescription to scenarios where the information in the land register was in some way defective: the immovable was not registered, the owner was unidentified, dead or absent, or the immovable in question did not have an owner. These were rare scenarios in which the publication regime could not produce its constitutive effects due to a defect in registration (see *Gidrol-Mistral*, at p. 312). Given the absence of a registered owner, they were also scenarios in which the tension between acquisitive prescription and the right of ownership did not arise. Assuming — as the legislature did at that time — the successful completion of the register reform and the absolute probative force of the register, the extinctive aspect of acquisitive prescription was not in play. As a result of the “rigorous bias towards the integrity of the register under the 1991 Code”, the legislature saw “less of a need for maintaining [30-year prescription], as the possibility of acquisitive prescription of an immovable through possession had been greatly reduced — if not effectively eliminated” (*Lametti*, at p. 292). In other words, the 30-year period which the legislature viewed as striking a sufficient balance between the right of ownership and the operation of prescription was unnecessary given the fact that the prospect of a true owner losing his or her ownership right had been greatly diminished. The 10-year prescription period therefore conformed to [TRANSLATION] “the technology, customs and values of modern society” (*D. Dumais*, “La prescription”, in *Collection de droit*, vol. 4, *Responsabilité* (2016), 219, at p. 231). But contrary to my colleague’s suggestion at para. 85, this conformity lies largely in the fact that the possibility of a squatter acquiring the true owner’s rights had been tempered by the addition of the judicial application requirement in art. 2918.

[137] Like the amendment or repeal of arts. 2962, 2944 para. 2, and 2943 *C.C.Q.*, the changes which

[136] Cette version de l’art. 2918 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994, soit avant toute mise en application de la réforme du registre foncier. Selon sa formulation originale, la possibilité d’acquérir un immeuble par prescription se limitait essentiellement aux cas où les renseignements dans le registre foncier étaient incomplets : l’immeuble n’était pas immatriculé, le propriétaire était inconnu, décédé ou absent, ou l’immeuble en question n’avait pas de propriétaire. Dans ces rares cas, le régime de la publicité ne pouvait pas accomplir son effet constitutif en raison d’un vice d’immatriculation : voir *Gidrol-Mistral*, p. 312. Vu l’absence d’un propriétaire inscrit, il s’agissait également de cas qui ne suscitaient pas une tension entre la prescription acquisitive et le droit de propriété. Dans l’hypothèse, adoptée par le législateur à l’époque, où la réforme du registre foncier aurait été menée à terme et où le registre aurait eu une force probante absolue, l’aspect extinctif de la prescription acquisitive n’aurait pas été en jeu. En raison de la [TRADUCTION] « partialité systématique envers l’intégrité du registre aux termes du Code de 1991 », le législateur sentait « moins le besoin de conserver la [prescription trentenaire], puisque la possibilité qu’un immeuble soit acquis par prescription acquisitive avait été grandement diminuée, voire effectivement éliminée » : *Lametti*, p. 292. Autrement dit, la période de 30 ans qui, selon le législateur, constituait un juste équilibre entre le droit de propriété et la mise en œuvre du régime de prescription n’était plus nécessaire, puisque le risque qu’un véritable propriétaire perde son droit de propriété avait été grandement réduit. La période de prescription de 10 ans était donc conforme à « la technologie, aux mœurs et aux valeurs de la société moderne » : *D. Dumais*, « La prescription », dans *Collection de droit*, vol. 4, *Responsabilité* (2016), 219, p. 231. Par contre, contrairement à la suggestion que fait mon collègue au par. 85 de ses motifs, cette conformité tient en grande partie au fait que la possibilité pour un squatter d’acquérir les droits du véritable propriétaire avait été réduite par l’ajout, à l’art. 2918, de l’exigence que soit présentée une demande en justice.

[137] Tout comme les modifications ou abrogations apportées aux art. 2962 et 2943 ainsi qu’au



brought art. 2918 to its current form can be, and indeed were, explained by reference to the abandonment of the land register reform:

[TRANSLATION] **President (Mr. Gauthrin):** . . . Article 2918 of the said Code is amended . . . . So you're going to explain this to us, Minister?

. . . .

**Ms. Goupil [Minister of Justice]:** . . . quickly, but it's very technical. . . . In short, this is the first article where we're going to have somewhat the same explanation for other articles, which is to say that we're abandoning phase II of the amendment of the Civil Code that existed, since it was not consistent with practice. It has been suspended since 1995. So we're going back to the old method, with the current prescription period, namely 10 years. Is that right? [Emphasis added.]

(*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 36, No. 82, 1st Sess., 36th Leg., June 2, 2000, at p. 51)

[138] Only the second paragraph of the original art. 2918 related to the integrity of the register, and accordingly, only the second paragraph of art. 2918 was deleted following the abandonment of the register reform. Indeed, the second paragraph of art. 2918 was never in effect:

[TRANSLATION] The application of the second paragraph had been suspended pending the implementation of phase II of the initial reform of the land registration system. But it was abandoned by the legislature. [Dumais, at p. 231]

However, nothing about the deletion of art. 2918's second paragraph militates in favour of reading down the judicial application requirement in current wording of the art. 2918.

[139] My colleague is of the view that the amendment of s. 143 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* indicates that art. 2918 did not change the prescription regime under the *C.C.L.C.* I cannot agree. As with the

deuxième alinéa de l'art. 2944 *C.c.Q.*, les changements qui ont donné à l'art. 2918 sa forme actuelle s'expliquent — et ont, de fait, été expliqués — par l'abandon de la réforme du registre foncier, comme le montre l'extrait suivant :

**Le Président (M. Gauthrin) :** . . . L'article 2918 de ce Code est modifié. [. . .] Alors, vous allez nous expliquer ça, M<sup>me</sup> la ministre ?

. . . .

**M<sup>me</sup> Goupil [ministre de la Justice] :** . . . rapidement, mais c'est très technique. [. . .] Enfin, c'est le premier article dans lequel nous allons avoir la même explication un peu pour d'autres articles, c'est-à-dire que l'on abandonne la phase II de la modification au Code civil qui existait, puisqu'elle ne correspondait pas à la pratique. Ça a été suspendu depuis 1995. Donc, on revient à l'ancienne méthode, avec la prescription actuelle, qui est celle de 10 ans. C'est bien ça? [Je souligne.]

(*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 36, n<sup>o</sup> 82, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 2 juin 2000, p. 51)

[138] Seul le deuxième alinéa de l'art. 2918 original portait sur l'intégrité du registre et ainsi, seul ce paragraphe a été supprimé après l'abandon de la réforme du registre foncier. En effet, le deuxième alinéa de l'art. 2918 n'est jamais entré en vigueur :

En effet, l'application du deuxième alinéa était suspendue jusqu'à la mise en œuvre de la phase II de la réforme initiale de la publicité foncière. Or, elle a été abandonnée par le législateur. [Dumais, p. 231]

Cependant, rien quant à la suppression du deuxième alinéa de l'art. 2918 ne milite en faveur d'une interprétation atténuée de l'obligation de présenter une demande en justice telle qu'elle est présentement formulée à l'art. 2918.

[139] Selon mon collègue, la modification de l'art. 143 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* indique que l'art. 2918 n'a pas changé le régime de prescription du *C.c.B.-C.* Je suis en désaccord. Tout comme pour les changements apportés

legislative changes to art. 2918, the changes to s. 143 cannot explain why we should ignore its current wording, namely that a person who “has not yet acquired by prescription ownership of an immovable . . . is subject to the provisions of article 2918 of the new Code”.

[140] In 1992, prior to the abandonment of the land register reform, s. 143 initially read as follows:

**143.** A person who, [on January 1, 1994], has not yet acquired ownership by prescription is subject to the provisions of the first paragraph of article 2918 of the new Code if he has possessed, as owner, an immovable registered in the land register consisting of the index of immovables . . . ; the judicial demand to acquire ownership thereof by prescription shall be the subject of an advance registration.

A person who, [on January 1, 1994], has become the owner of an immovable by prescription, pursuant to the former legislation, may still apply to the court in whose territory the immovable is located to obtain, by motion, judicial recognition of his right of ownership.

[141] When the reform was abandoned, s. 143 was amended to its current form:

**143.** A person who, on 1 January 1994, has not yet acquired by prescription ownership of an immovable which he has possessed as owner is subject to the provisions of article 2918 of the new Code.

A person who, on 1 January 1994, has become the owner of an immovable by prescription, pursuant to the former legislation, may still apply to the court in whose territory the immovable is located to obtain, by motion, judicial recognition of his right of ownership.

[142] The debates in the National Assembly reveal that the sole intention underlying the amendment of s. 143 was to make advance registration of the judicial application optional rather than mandatory:

[TRANSLATION] **Ms. Goupil:** So . . . [the amendment] proposes the elimination of the advance registration requirement for a judicial demand to acquire an immovable by prescription for a person who had not yet acquired the immovable when the Civil Code came into force.

à l’art. 2918, ceux apportés à l’art. 143 ne peuvent expliquer pourquoi nous devrions ignorer son libellé actuel, qui prévoit que celui qui « n’a pas encore acquis par prescription [. . .] un immeuble qu’il a possédé [. . .] est soumis aux dispositions de l’article 2918 du nouveau code ».

[140] En 1992, soit avant l’abandon de la réforme du registre foncier, l’art. 143 prévoyait initialement ce qui suit :

**143.** Celui qui n’a pas encore acquis par prescription, [le 1<sup>er</sup> janvier 1994], est soumis aux dispositions du premier alinéa de l’article 2918 du nouveau code, s’il a possédé, à titre de propriétaire, un immeuble porté sur le registre foncier constitué de l’index des immeubles [. . .]; la demande en justice visant à en acquérir la propriété par prescription doit être préinscrite.

Celui qui [le 1<sup>er</sup> janvier 1994] est devenu, suivant la loi ancienne, propriétaire d’un immeuble par prescription est toujours admis à s’adresser au tribunal dans le ressort duquel est situé l’immeuble, pour obtenir, par requête, la reconnaissance judiciaire de son droit de propriété.

[141] Lors de l’abandon de la réforme, l’art. 143 a été modifié pour prendre sa forme actuelle :

**143.** Celui qui n’a pas encore acquis par prescription, le 1<sup>er</sup> janvier 1994, un immeuble qu’il a possédé à titre de propriétaire est soumis aux dispositions de l’article 2918 du nouveau code.

Celui qui, à cette date, est devenu, suivant la loi ancienne, propriétaire d’un immeuble par prescription est toujours admis à s’adresser au tribunal dans le ressort duquel est situé l’immeuble, pour obtenir, par requête, la reconnaissance judiciaire de son droit de propriété.

[142] Les débats à l’Assemblée nationale révèlent que la seule intention du législateur sous-tendant la modification apportée à l’art. 143 était de rendre l’inscription préalable de la demande en justice optionnelle plutôt qu’obligatoire :

**M<sup>me</sup> Goupil :** Alors [. . .] [l’amendement] propose la suppression de l’exigence de préinscrire la demande en justice visant l’acquisition par prescription d’un immeuble lorsque la personne n’a pas encore acquis cet immeuble lors de l’entrée en vigueur du Code civil. Il nous

Well, we thought it appropriate to remove the obligation to register the judicial demand in advance, since there is no similar rule in cases in which a person begins to prescribe under the new law.

So as you know, advance registration is an optional protective measure for the beneficiary of the notice. It seems inappropriate to dismiss a judicial demand to acquire ownership of an immovable by prescription on the ground that the applicant has failed to register the demand in advance given that the purpose of publishing the notice of advance registration is to protect the applicant. [Emphasis added.]

(*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 36, No. 101, 1st Sess., 36th Leg., November 7, 2000, at p. 24)

[143] Further, by specifying that someone who has already acquired ownership of an immovable by prescription under the *C.C.L.C.* “may still apply” to a court to obtain “judicial recognition of his right of ownership”, s. 143 para. 2 demonstrates that the *C.C.L.C.*’s prescription regime did not survive the advent of the *C.C.Q.*:

[TRANSLATION] . . . the possessor has the choice of availing himself or herself of 10-year or 30-year prescription under the old code, or of 10-year prescription under the new code. This choice is not without consequences. Judgments rendered under the rules of the *Civil Code of Lower Canada*, that is, after the filing of a motion to obtain judicial recognition of the right of ownership, are declarative, not constitutive.

(F. Brochu, “Prescription acquisitive et publicité des droits” (2006), 108 *R. du N.* 197, at p. 201)

[144] Under s. 143 para. 2 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, only someone who has already acquired ownership of an immovable is exempt from art. 2918 *C.C.Q.*’s requirements.

[145] It is clear that nothing in s. 143 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, or in the amendment thereof, signals a legislative intent to treat the judicial application requirement as anything less than an essential element

a donc paru opportun de retirer l’obligation de la préinscription de la demande en justice, puisqu’on ne retrouve pas une règle semblable dans le cas où la personne commence à prescrire sous la loi nouvelle.

Alors, on le sait, la préinscription est une mesure facultative de protection en faveur du bénéficiaire de l’avis. Refuser une demande en justice visant à acquérir la propriété d’un immeuble par prescription au motif que le requérant a omis de préinscrire sa demande semble inapproprié, considérant que la publication de l’avis de préinscription a pour but de protéger ce dernier. [Je souligne.]

(*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 36, n° 101, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 7 novembre 2000, p. 24)

[143] De plus, en précisant qu’une personne qui a déjà acquis la propriété d’un immeuble par prescription suivant le régime du *C.c.B.-C.* « est toujours admis[e] à s’adresser au tribunal [. . .] pour obtenir [. . .] la reconnaissance judiciaire de son droit de propriété », le deuxième alinéa de l’art. 143 démontre que l’ancien régime de prescription n’a pas survécu à l’adoption du *C.c.Q.* :

. . . le possesseur a le choix de se prévaloir de la prescription, décennale ou trentenaire, de l’ancien code ou de la prescription décennale du nouveau code. Ce choix n’est pas dépourvu de conséquence. Les jugements rendus suivant les règles du *Code civil du Bas Canada*, c’est-à-dire à la suite de la présentation d’une requête en reconnaissance judiciaire du droit de propriété, sont déclaratifs plutôt que constitutifs.

(F. Brochu, « Prescription acquisitive et publicité des droits » (2006), 108 *R. du N.* 197, p. 201)

[144] Suivant le deuxième alinéa de l’art. 143 de la *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, seule une personne qui a déjà acquis la propriété d’un immeuble est dispensée de satisfaire aux exigences de l’art. 2918 *C.c.Q.*

[145] Il est manifeste que rien concernant l’art. 143 de la *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, ou ses modifications, ne dénote une intention du législateur de réduire l’exigence relative à la demande en justice à moins qu’un élément

of the prescriptive acquisition of an immovable. To the contrary — and again — the very wording resulting from the amendment shows that the legislature intended the judicial application to be an indispensable prerequisite to any such acquisition.

[146] Turning back to art. 2918 *C.C.Q.*, while it is clear that the amendment of the article resulted from the abandonment of the land register reform, it does not follow that the modified language, including the requirement of a judicial application, which the legislature deliberately maintained, should be effectively read down by a court on the same basis. Absent now is the requirement of a 30-year period for a bad faith possessor. So too is the requirement that 10-year prescription be founded on good faith and translatory title (see *Dupuy v. Gauthier*, 2013 QCCA 774, [2013] R.J.Q. 662). Given that the prescription period inherently strikes a balance between the rights of the possessor and the true owner's right of ownership — which, it is helpful to recall, is in principle absolute, exclusive and perpetual — the legislature replaced the conditions applicable under the *C.C.L.C.* with a requirement to obtain a judgment under art. 2918. This avoided shifting the balance markedly in favour of the possessor. The Minister's comments were unequivocal about the fact that the right of ownership could not be acquired without a judicial application:

[TRANSLATION] . . . possession as an owner for ten years justifies the acquisition of the right of ownership, but the latter must then be the subject of judicial recognition, since the right is not acquired through possession alone. [Emphasis added.]

(Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec* (1993), at p. 1831)

[147] It is equally instructive to note that, given the plain wording of art. 2918, the weight of academic authority lies against the suggestion that the judgment obtained on the judicial application is merely declaratory (see Lafond, at para. 2566; Normand, at p. 355; C. Gervais, *La prescription*

essentiel de la prescription acquisitive d'un immeuble. Au contraire, et encore une fois, le libellé même résultant de la modification illustre que le législateur voulait faire de la demande en justice une condition essentielle à une telle acquisition.

[146] Pour revenir à l'art. 2918 *C.c.Q.*, même s'il est clair que sa modification est la conséquence de l'abandon de la réforme du registre foncier, il ne s'ensuit pas que son libellé modifié — y compris l'obligation relative à la demande en justice, que le législateur a délibérément conservée — devrait recevoir dans les faits une interprétation judiciaire atténuée pour cette raison. La prescription trentenaire en cas de mauvaise foi du possesseur a été supprimée, tout comme l'exigence voulant que la prescription décennale soit fondée sur la bonne foi et sur un titre translatif de propriété : voir *Dupuy c. Gauthier*, 2013 QCCA 774, [2013] R.J.Q. 662. Puisque le délai de prescription comporte nécessairement un équilibre entre les droits du possesseur et le droit de propriété du véritable propriétaire — qui est, rappelons-le, en principe absolu, exclusif et perpétuel —, le législateur a remplacé les conditions prévues dans le *C.c.B.-C.* par la nécessité d'obtenir un jugement en application de l'art. 2918, ce qui permettait d'éviter que l'équilibre penche de façon significative en faveur du possesseur. Les commentaires du ministre étaient sans équivoque quant au fait que le droit de propriété ne peut être acquis sans demande en justice :

. . . une possession à titre de propriétaire, pendant dix ans, justifie l'acquisition du droit de propriété, mais celle-ci devra, alors, faire l'objet d'une reconnaissance judiciaire, la possession à elle seule ne faisant pas acquérir le droit. [Je souligne.]

(Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec* (1993), p. 1831)

[147] Il est tout aussi utile de souligner que, à la lumière du libellé limpide de l'art. 2918, le poids des autorités doctrinales milite contre la proposition selon laquelle le jugement obtenu à la suite de la demande en justice est simplement déclaratif : voir Lafond, par. 2566; Normand, p. 355; C. Gervais, *La*

(2009), at p. 193; F. Brochu, “Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière” (2003), 105 *R. du N.* 735, at p. 754; É. Lambert, *La prescription (Art. 2875 à 2933 C.c.Q.)* (2014), at pp. 835-36; Dumais, at pp. 231-32). Even Pierre Pratte, on whom my colleague relies for the proposition that the judgment is declaratory, recognizes that in the case of an encroachment, like the instant one, the judgment may take on an attributive character:

[TRANSLATION] Although the concept of a right-granting judgment might not necessarily be inappropriate in the case of an encroachment, the same cannot be said, in our view, where what the judgment in acquisitive prescription does is cure a defect in an existing title. In the latter case . . . the acquirer is the owner by virtue of a title . . . . In this context, it seems more appropriate for the court to declare that the plaintiff is the owner of the immovable than for it to grant (and thus transfer) to the plaintiff ownership of an immovable that already belongs to him or her.

(P. Pratte, “La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d’un immeuble” (2014), 73 *R. du B.* 509, at pp. 550-51)

Indeed, the logic underlying a declaratory reading of the judicial application requirement could only extend to those cases where prescription operates to cure a defect in title. In those cases, another party’s ownership right is not truly at stake. But that is not this case. This case demonstrates how that logic unravels where the true owner’s right of ownership would be extinguished or transferred to the benefit of the encroaching possessor.

[148] In sum, in the spirit of the land register reform, the original version of art. 2918 “dropped the prescription period for immovable[s] to ten years, regardless of good or bad faith” but the “possibility of acquisitive prescription [was made] extremely difficult”, because the legislature “prioritiz[ed] the information contained on the face of the register” and created “presumptions that worked against the possessor” (Lametti, at p. 294). It is true that, following the abandonment of the reform, the “prescription

*prescription* (2009), p. 193; F. Brochu, « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière » (2003), 105 *R. du N.* 735, p. 754; É. Lambert, *La prescription (Art. 2875 à 2933 C.c.Q.)* (2014), p. 835-836; Dumais, p. 231-232. Même Pierre Pratte, sur qui s’appuie mon collègue pour affirmer que le jugement est déclaratif, reconnaît que dans le cas d’un empiétement, comme en l’espèce, le jugement peut avoir un caractère attributif :

Si, à la rigueur, lors d’un empiétement, on pourrait s’accommoder d’un jugement attributif, à notre avis, il en va autrement lorsque le jugement en prescription acquisitive vient pallier à un vice dans un titre existant. Dans ce dernier cas, [. . .] l’acquéreur est propriétaire en vertu d’un titre [. . .] Dans ce contexte, il nous apparaît plus approprié que le tribunal déclare le demandeur propriétaire de l’immeuble plutôt que de lui attribuer (donc lui transférer) la propriété d’un immeuble qui lui appartient déjà.

(P. Pratte, « La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d’un immeuble » (2014), 73 *R. du B.* 509, p. 550-551)

De fait, la logique qui sous-tend l’interprétation voulant qu’un jugement découlant de l’exigence que soit présentée une demande en justice soit de nature déclarative ne pourrait s’appliquer que dans les cas où la prescription a pour effet de corriger le défaut d’un titre. Dans un tel cas, le droit de propriété d’une autre partie n’est pas réellement en cause. Mais tel n’est pas le cas dans la présente affaire. Celle-ci démontre comment cette logique s’étiole lorsque le droit de propriété du véritable propriétaire serait éteint ou transféré au profit du possesseur qui a empiété sur l’immeuble.

[148] Bref, dans l’esprit de la réforme du registre foncier, la version originale de l’art. 2918 [TRANSLATION] « réduisait le délai de prescription pour les immeubles à dix ans, peu importe si le possesseur était de bonne ou de mauvaise foi », mais cette réforme rendait « l’acquisition par prescription extrêmement difficile », puisque le législateur avait « donné la priorité aux renseignements figurant dans le registre » et créé des « présomptions défavorables au possesseur » : Lametti, p. 294. Il est vrai

period remains ten years regardless of good or bad faith, but acquisitive prescription is once again a more serious possibility” (*ibid.*). This in itself favours the possessor over the true owner. However, had the National Assembly decided to tip the balance even further in favour of the possessor, it would have done so by deleting the judicial application condition from art. 2918. In my view, and in light of the legislature’s decision to maintain the condition, it does not fall within the province of a court to read it down through interpretive doctrines. Rather than merely surviving the legislature’s purge following the abandonment of the reform, the judicial application requirement took on added importance given that the reduction of the prescription period to 10 years — which was initially premised on the successful completion of the register reform — was maintained.

[149] Under the current art. 2918, the lapse of time alone no longer gives the possessor a right of ownership; only a judgment can do that. Holding otherwise conflates possession in fact with the creation or transfer of real rights. Only the holder of an ownership *right* may have that right *acknowledged*:

**912.** The holder of a right of ownership or other real right has the right to take part in judicial proceedings to have his right acknowledged.

**912.** Le titulaire d’un droit de propriété ou d’un autre droit réel a le droit d’agir en justice pour faire reconnaître ce droit. [C.C.Q.]

Possessors have no such *right* to be acknowledged; they have only the *fact* of possession.

[150] In the context of acquisitive prescription, the correlative of a judicially imposed expansion of the possessor’s rights is a diminution of the right of ownership contained in art. 947 C.C.Q. Reading down the judicial application requirement in art. 2918 — as the majority of the Court of Appeal implicitly proposes — leads to precisely such a diminution. Indeed, on the majority’s reading of art. 2918, it is not the case that the situation today

que, à la suite de l’abandon de la réforme, le « délai de prescription est toujours de dix ans, peu importe la bonne ou la mauvaise foi du possesseur, mais la prescription acquisitive est redevenue une possibilité plus sérieuse » (*ibid.*), ce qui favorise en soi le possesseur par rapport au véritable propriétaire. Cependant, si l’Assemblée nationale avait voulu faire pencher la balance encore plus en faveur du possesseur, elle l’aurait fait en supprimant la condition relative à la demande en justice prévue à l’art. 2918. À mon avis, et eu égard à la décision du législateur de conserver cette condition, il n’appartient pas aux tribunaux de lui donner une interprétation atténuée en appliquant des principes d’interprétation. L’exigence relative à la demande en justice n’a pas simplement survécu aux modifications adoptées par le législateur à la suite de l’abandon de la réforme; elle a acquis une importance accrue puisque la réduction du délai de prescription à 10 ans, qui était initialement fondée sur la mise en place de la réforme du registre, a été conservée.

[149] Selon l’art. 2918 actuel, le temps écoulé à lui seul ne donne plus au possesseur un droit de propriété; seul un jugement peut le faire. Conclure autrement confondrait la possession de fait et la création ou le transfert de droits réels. Seul le détenteur d’un *droit* de propriété peut *faire reconnaître* ce droit :

**912.** Le titulaire d’un droit de propriété ou d’un autre droit réel a le droit d’agir en justice pour faire reconnaître ce droit.

**912.** The holder of a right of ownership or other real right has the right to take part in judicial proceedings to have his right acknowledged. [C.c.Q.]

Les possesseurs n’ont pas un tel *droit* qui pourrait être reconnu; ils n’ont que le *fait* de leur possession.

[150] Dans le contexte de la prescription acquisitive, le corollaire de l’élargissement imposé par les tribunaux des droits du possesseur est la réduction du droit de propriété prévu à l’art. 947 C.c.Q. Or, donner une interprétation atténuée à l’exigence de la demande judiciaire prévue à l’art. 2918 — comme le proposent implicitement les juges majoritaires de la Cour d’appel — aboutit précisément à une telle réduction. En effet, suivant l’interprétation

is the same as under the *C.C.L.C.* Instead, the possessor's rights are now vastly expanded. Given the reduction of the prescriptive period from 30 years to 10 years, disregarding the judicial application requirement makes it much easier for a possessor to prescribe against the true owner today than it was under the *C.C.L.C.* The majority's implied reading of art. 2918 therefore fundamentally upsets the legislative balance struck between the rights of the possessor and those of the true owner.

[151] Without the judicial application requirement in art. 2918, the balance between possessors' rights and the right of ownership could be restored only by maintaining the *C.C.L.C.*'s 30-year prescriptive period for possessors without a translatory title like the respondent. Absent that, I cannot accept that the majority of the Court of Appeal's implied reading of art. 2918 coheres with the publication regime in Book Nine of the *C.C.Q.* Article 2966 para. 1 *C.C.Q.* provides:

**2966.** Any judicial application concerning a real right which shall or may be published in the land register may, by means of a notice, be the subject of an advance registration.

Article 2966 para. 1 works in tandem with art. 2968 para. 1 *C.C.Q.*:

**2968.** Rights which are the subject of a judgment or transaction terminating an action are deemed published from the time of their advance registration, provided they are published within 30 days after the judgment becomes final or the transaction takes place.

[152] Article 2966 para. 1 therefore permits a possessor to register the judicial application in advance of obtaining the necessary judgment under art 2918. Under art. 2968 para. 1, the date of advance registration is then deemed to be the date of

donnée à l'art. 2918 par les juges majoritaires, la situation qui prévaut aujourd'hui ne serait plus la même que celle qui prévalait sous le *C.c.B.-C.*; les droits du possesseur seraient maintenant nettement étendus. En effet, compte tenu de la réduction de la période de prescription de 30 à 10 ans, si l'exigence de la demande judiciaire était écartée, un possesseur pourrait maintenant beaucoup plus facilement faire valoir cette prescription contre le véritable propriétaire que cela n'était le cas en application du *C.c.B.-C.* L'interprétation implicite que font les juges majoritaires de l'art. 2918 contrecarre donc fondamentalement l'équilibre établi par la loi entre les droits du possesseur et ceux du véritable propriétaire.

[151] Sans l'exigence de la demande judiciaire prévue à l'art. 2918, l'équilibre entre les droits du possesseur et le droit de propriété ne pourrait être rétabli qu'en maintenant la période de prescription que prévoyait le *C.c.B.-C.*, soit 30 ans, pour les possesseurs dépourvus d'un titre translatif de propriété tels que l'intimée. Sans cela, je suis d'avis que l'interprétation implicite donnée à l'art. 2918 par les juges majoritaires de la Cour d'appel n'est pas compatible avec le régime de publicité des droits décrit dans le livre neuvième du *C.c.Q.* Le premier alinéa de l'art. 2966 *C.c.Q.* prévoit ce qui suit :

**2966.** Toute demande en justice qui concerne un droit réel soumis ou admis à l'inscription sur le registre foncier, peut, au moyen d'un avis, faire l'objet d'une préinscription.

Cette disposition agit de concert avec le premier alinéa de l'art. 2968 *C.c.Q.* :

**2968.** Sont réputés publiés à compter de la préinscription les droits qui font l'objet du jugement ou de la transaction qui met fin à l'action, pourvu qu'ils soient publiés dans les 30 jours qui suivent celui où le jugement est passé en force de chose jugée ou celui de la transaction.

[152] Le premier alinéa de l'art. 2966 permet donc à un possesseur, avant qu'il obtienne le jugement nécessaire prévu à l'art. 2918, de préinscrire sa demande en justice. Selon le premier alinéa de l'art. 2968, la date de la préinscription est réputée

publication. The effect of these articles is to encourage a prudent possessor who has complied with the wording of art. 2918 to register the judicial application in advance. This aligns art. 2918 with the general publication requirement in art. 2938 *C.C.Q.* for the “acquisition, creation, recognition, modification, transmission or extinction” of immovable real rights. It also minimizes the prospect of litigation and priority contests.

[153] Treating the judgment under art. 2918 as declarative and retroactive perverts these incentives. On such a reading, a prudent possessor who has met the requirements of arts. 2918, 2966 para. 1, and 2968 para. 1 and has registered a judicial application in advance would be worse off than a possessor who has not, since the latter would benefit from his or her inaction through the retroactivity of the judgment. Incentivizing this inaction permits title to remain precarious indefinitely — the subject of some future dispute. In harmony with the objectives of the publication regime, it is clear that the overarching goal of art. 2918 is to confer title upon a possessor through a judgment, so that the possessor may then register his or her real right. In the absence of a judgment, the possessor has nothing to publish. According to the majority’s opinion, the possessor will then be the sole owner of an immovable in Quebec who is incapable of publishing his or her ownership, but who is nevertheless immune from the effects of publication.

[154] In addition to being inconsistent with these articles of the publication regime, this result is hard to square with the rationale underlying the prescription regime itself. Rather than promoting the efficiency, stability and security of relationships between title holders by encouraging advance registration, it promotes uncertainty by encouraging a delay in the final determination of ownership. This uncertainty is amplified given the potential effect of retroactivity on third parties: [TRANSLATION] “Retroactivity thus makes it possible to preclude setting up against a third party any acts entered into by the [true owner] during the period of usucapion, rendering them of no effect” (Gidrol-Mistral, at p. 341). Giving effect to

être la date de publication. Par l’effet de ces articles, le possesseur prudent qui respecte les exigences énoncées à l’art. 2918 est incité à préinscrire sa demande en justice, ce qui concorde avec l’exigence générale prévue à l’art. 2938 *C.c.Q.*, soit la publicité de « l’acquisition, la constitution, la reconnaissance, la modification, la transmission et l’extinction » des droits réels immobiliers. La possibilité que surviennent des litiges et des contestations de priorité de rang s’en trouve également réduite.

[153] Considérer le jugement prévu à l’art. 2918 comme étant déclaratif et rétroactif dénature ces avantages. En effet, selon une telle interprétation, le possesseur prudent qui aurait respecté les exigences de l’art. 2918 ainsi que des premiers alinéas des art. 2966 et 2968 et qui aurait préinscrit une demande en justice serait désavantagé par rapport à celui qui ne l’aurait pas fait, puisque ce dernier bénéficierait de son inaction grâce à la rétroactivité du jugement. Favoriser ainsi l’inaction fragiliserait le titre pour une durée indéterminée, ce qui pourrait faire l’objet d’un autre différend. Conformément aux objectifs du régime de publicité des droits, il est clair que l’objectif fondamental de l’art. 2918 est de conférer au possesseur un titre par jugement, de sorte qu’il puisse ensuite inscrire son droit réel. En l’absence d’un jugement, le possesseur n’a rien à publier. Selon l’opinion des juges majoritaires, celui-ci deviendrait alors le seul propriétaire d’un immeuble au Québec qui ne peut pas publier son droit de propriété, mais serait néanmoins à l’abri des effets du régime de la publicité.

[154] En plus d’être irréconciliable avec ces articles du régime de publicité des droits, ce résultat est difficile à concilier avec la raison d’être du régime de prescription lui-même. Plutôt que d’assurer l’efficacité, la stabilité et la sécurité des rapports de propriété entre détenteurs de titres en favorisant la préinscription, il suscite l’incertitude en retardant la détermination définitive de la propriété. L’effet de cette incertitude est accentué en raison de l’effet potentiel de la rétroactivité sur les tiers : « La rétroactivité permet ainsi de rendre inopposables aux tiers les actes passés par le [véritable propriétaire], pendant la période de l’usucapion, les frappant d’inefficacité » (Gidrol-Mistral, p. 341). Respecter



the plain wording of art. 2918 resolves these problems and removes the risk of any future litigation.

[155] Like the requirement of a judicial application in art. 2918, art. 2885's requirement that the "renunciation of acquired prescription with respect to immovable real rights shall be published" contributes to certainty in transactions involving immovables. It permits a seller to resolve any potential clouds on title stemming from a neighbour's possession of the land subject to sale. Rather than undermining the importance of publication, art. 2885 *C.C.Q.* points to the utility — and indeed, the necessity — of publication in the context of prescription by making the renunciation of prescription subject to the publication regime.

[156] As Justice Jacques noted in his dissent in the Court of Appeal (at paras. 93-97), treating the judgment under art. 2918 as retroactive is at odds with s. 50 of the *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, which provides:

**50.** No provision of law shall be declaratory or have a retroactive effect, by reason alone of its being enacted in the present tense.

[157] When an article of the *C.C.Q.* is intended to have retroactive effect, the legislature has taken heed of s. 50 of the *Interpretation Act* by making this clear. For example, art. 884 *C.C.Q.* provides that "Partition is declaratory of ownership". Article 1037 *C.C.Q.*, on the other hand, states that the "act of partition which terminates indivision, other than indivision by succession, is an act of attribution of the right of ownership". Insofar as art. 2918 explicitly states that a possessor "may acquire the ownership" of an immovable "only upon a judicial application", I agree that these illustrations, [TRANSLATION] "drawn from other books of the Code, favour . . . the view that a judgment recognizing the acquisition of ownership by prescription is attributive in nature" (J. McCann, "Commentaire sur la décision *De Repentigny c. Fortin (Succession de)* — L'acquisition de la propriété par prescription décennale: effet déclaratif, attributif, rétroactif?", *Repères*, February 2013 (available online in La référence)).

le libellé clair de l'art. 2918 résout ces problèmes et élimine les risques de litiges futurs.

[155] À l'instar de l'exigence relative à la demande en justice prévue à l'art. 2918, l'exigence décrite à l'art. 2885 voulant que la « renonciation à la prescription acquise de droits réels immobiliers doive être publiée au bureau de la publicité des droits » contribue à la certitude des transactions immobilières. Elle permet à un vendeur de dissiper les ambiguïtés potentielles relatives au titre découlant de la possession par un voisin du terrain en vente. Plutôt que de nier l'importance de la publicité, l'art. 2885 *C.c.Q.* illustre son utilité — et de fait, sa nécessité — dans le contexte de la prescription en subordonnant la renonciation à la prescription au régime de publication.

[156] Comme le juge Jacques de la Cour d'appel l'a souligné dans ses motifs dissidents (par. 93-97), le fait de considérer le jugement devant être obtenu aux termes de l'art. 2918 comme étant rétroactif est incompatible avec l'art. 50 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, qui est le suivant :

**50.** Nulle disposition légale n'est déclaratoire ou n'a d'effet rétroactif pour la raison seule qu'elle est énoncée au présent du verbe.

[157] Lorsque le législateur a voulu qu'un article du *C.c.Q.* ait un effet rétroactif, il a tenu compte de l'art. 50 de la *Loi d'interprétation* et fait connaître clairement son intention. Par l'exemple, l'art. 884 *C.c.Q.* prévoit que « [l]e partage est déclaratif de propriété ». Par ailleurs, l'art. 1037 *C.c.Q.* indique que « l'acte de partage qui met fin à une indivision autre que successorale est attributif du droit de propriété ». Dans la mesure où l'art. 2918 prévoit explicitement qu'un possesseur « ne peut [. . .] acquérir la propriété » d'un immeuble « qu'à la suite d'une demande en justice », je suis d'avis que ces illustrations, « tirées d'autres livres du Code, militent [. . .] en faveur du caractère attributif du jugement en reconnaissance de propriété par prescription acquisitive » : J. McCann, « Commentaire sur la décision *De Repentigny c. Fortin (Succession de)* — L'acquisition de la propriété par prescription décennale : effet déclaratif, attributif, rétroactif? », *Repères*, février 2013 (accessible en ligne dans La référence).

[158] I therefore agree with Justice Jacques that the judgment on a judicial application under art. 2918 is constitutive of the right of ownership and is without retroactive effect. I would accordingly endorse the line of jurisprudence to this effect: *Craig v. Béton Chevalier inc.*, 2012 QCCS 2888, at para. 33 (CanLII); *Granby (Ville) v. Gestion Rainville ltée*, 2011 QCCS 4259, at paras. 56-59 (CanLII); *Re Gagné*, 2009 QCCS 6064, at paras. 10-16 (CanLII); *Re Montmagny (Ville)*, 2005 CanLII 11604 (Que. Sup. Ct.), at para. 6; *Re Béland*, 2005 CanLII 24349 (Que. Sup. Ct.), at para. 6.

#### E. *Application in This Case*

[159] The appellants acquired the land on which the contested parking space is located through a translatory title in July 2011. Despite the majority of the Court of Appeal's suggestions to the contrary, the appellants' good faith is not at issue. As Justice Jacques noted, the appellants then published their title in the land register, triggering the application of arts. 2941, 2943, 2944, and 2945 *C.C.Q.*, which provide as follows:

**2941.** Publication of rights allows them to be set up against third persons, determines their rank and, where the law so provides, gives them effect.

Rights produce their effects between the parties even if they are not published, unless the law expressly provides otherwise.

**2943.** A right registered in a register in regard to property is presumed known to any person acquiring or publishing a right in the same property.

A person who does not consult the appropriate register and, in the case of a right registered in the land register, the application to which the registration refers, as well as the accompanying document if the application is in the form of a summary, may not invoke good faith to rebut the presumption.

**2944.** Registration of a right in the register of personal and movable real rights or the land register entails, as against all persons, a simple presumption of the existence of that right.

[158] Je partage donc l'avis du juge Jacques, selon lequel le jugement résultant de la demande en justice prévue à l'art. 2918 est constitutif du droit de propriété, sans effet rétroactif. J'adhère donc au courant jurisprudentiel en ce sens : *Craig c. Béton Chevalier inc.*, 2012 QCCS 2888, par. 33 (CanLII); *Granby (Ville) c. Gestion Rainville ltée*, 2011 QCCS 4259, par. 56-59 (CanLII); *Re Gagné*, 2009 QCCS 6064, par. 10-16 (CanLII); *Re Montmagny (Ville)*, 2005 CanLII 11604 (C.S. Qc), par. 6; *Re Béland*, 2005 CanLII 24349 (C.S. Qc), par. 6.

#### E. *Application en l'espèce*

[159] Les appelants ont acquis le terrain sur lequel est situé l'espace de stationnement en cause au moyen d'un acte translatif de propriété en juillet 2011. Malgré les suggestions en sens contraire des juges majoritaires de la Cour d'appel, la bonne foi des appelants n'est pas en cause. Comme le juge Jacques l'a souligné, les appelants ont inscrit leur titre au registre foncier, ce qui a déclenché l'application des art. 2941, 2943, 2944 et 2945 *C.c.Q.*, qui prévoient ce qui suit :

**2941.** La publicité des droits les rend opposables aux tiers, établit leur rang et, lorsque la loi le prévoit, leur donne effet.

Entre les parties, les droits produisent leurs effets, encore qu'ils ne soient pas publiés, sauf disposition expresse de la loi.

**2943.** Un droit inscrit sur les registres à l'égard d'un bien est présumé connu de celui qui acquiert ou publie un droit sur le même bien.

La personne qui s'abstient de consulter le registre approprié et, dans le cas d'un droit inscrit sur le registre foncier, la réquisition à laquelle il est fait référence dans l'inscription, ainsi que le document qui l'accompagne lorsque cette réquisition prend la forme d'un sommaire, ne peut repousser cette présomption en invoquant sa bonne foi.

**2944.** L'inscription d'un droit sur le registre des droits personnels et réels mobiliers ou sur le registre foncier emporte, à l'égard de tous, présomption simple de l'existence de ce droit.

**2945.** Unless otherwise provided by law, rights rank according to the date, hour and minute entered on the memorial of presentation or, if the application concerning them is presented for registration in the land register, entered in the book of presentation, provided that the entries have been made in the appropriate registers.

Where publication by delivery is authorized by law, rights rank according to the time at which the property or title is delivered to the creditor.

[160] Under art. 2918 *C.C.Q.*, the prescriptive acquisition of ownership of an immovable is conditional on first obtaining a judgment following a judicial application by the possessor. In this case, the respondent did not make such an application before the appellants acquired title to the property in July 2011. In fact, the respondent waited until the appellants brought an action against her for a permanent injunction before filing her counterclaim asking for a declaration of ownership. Given that the trial court's judgment in the respondent's favour was rendered on October 22, 2013, the appellants are, with respect to the immovable in question, prior in time and — as revealed by the register — prior in rank. Therefore, the respondent's possession cannot be set up against the appellants' title.

[161] I would add the following. Contrary to what my colleague suggests, the equities of this case do not weigh in favour of awarding the contested immovable to the respondent. The respondent is not a possessor who happened to have acquired a defective title. The respondent was encroaching on the immovable when the appellants acquired it by translatory act. And the appellants acquired a real right through that act, not a personal claim against their vendor. Even if we assume, as my colleague does, that the appellants have a claim against their predecessor in title under art. 1724 *C.C.Q.* — such assumption being far from borne out on the facts of this case — there is no equivalence between real rights and personal rights under the *C.C.Q.* Unlike personal rights, real rights are fundamentally enforceable *erga omnes* (enforceable against all). It is this essential feature of real rights that underlies the logic of art. 2938, which is central to the *C.C.Q.*'s publication regime:

**2945.** À moins que la loi n'en dispose autrement, les droits prennent rang suivant la date, l'heure et la minute inscrites sur le bordereau de présentation ou, si la réquisition qui les concerne est présentée au registre foncier, dans le livre de présentation, pourvu que les inscriptions soient faites sur les registres appropriés.

Lorsque la loi autorise ce mode de publicité, les droits prennent rang suivant le moment de la remise du bien ou du titre au créancier.

[160] Aux termes de l'art. 2918 *C.c.Q.*, l'acquisition par prescription d'un immeuble est conditionnelle à l'obtention d'un jugement résultant de la demande en justice présentée par le possesseur. Dans le cas qui nous occupe, l'intimée n'a pas présenté de telle demande avant que les appelants n'acquiescent le titre de propriété en juillet 2011. En fait, l'intimée a attendu que les appelants présentent une demande d'injonction permanente contre elle pour déposer sa demande reconventionnelle par laquelle elle a sollicité une déclaration de propriété. Le jugement de première instance donnant gain de cause à l'intimée a été rendu le 22 octobre 2013. Le titre des appelants sur l'immeuble en question emporte donc priorité puisqu'il a été inscrit au registre avant cette date. Résultat : la possession de l'intimée ne peut être opposée à l'encontre du titre des appelants.

[161] J'ajouterais ce qui suit. Contrairement à ce que suggère mon collègue, l'équité ne milite pas en l'espèce pour l'octroi de l'immeuble en cause à l'intimée. Celle-ci n'est pas un possesseur qui se trouve à avoir acquis un titre vicié. Elle empiétait sur l'immeuble lorsque les appelants l'ont acquis au moyen d'un acte translatif de propriété et, en vertu de cet acte, ils ont acquis un droit réel, et non un recours personnel contre le vendeur. Même si nous supposons, comme le fait mon collègue, que les appelants aient un recours contre leur auteur en vertu de l'art. 1724 *C.c.Q.* — une telle hypothèse étant loin d'être confirmée par les faits en l'espèce — il n'existe aucune équivalence entre les droits réels et les droits personnels dans le *C.c.Q.* Contrairement aux droits personnels, les droits réels sont fondamentalement opposables *erga omnes* (à tous). C'est cette caractéristique essentielle des droits réels, qui sous-tend la logique de l'art. 2938, qui se trouve au cœur du régime de publicité prévu au *C.c.Q.* :

**2938.** The acquisition, creation, recognition, modification, transmission or extinction of an immovable real right requires publication.

Renunciation of a succession, legacy, community of property, partition of the value of acquets or of the family patrimony, and the judgment annulling renunciation, also require publication.

Other personal rights and movable real rights require publication to the extent prescribed or expressly authorized by law. Modification or extinction of a published right shall also be published.

[162] As Justice Jacques recognized, this same feature of enforceability against third parties — notably third party purchasers and creditors — underscores the importance of the land register in a modern society:

[TRANSLATION] By providing information on which acquirers, hypothecary creditors and others rely in assessing the validity of a title of ownership, the land register promotes the security of transactions and the exploitation of the economic value of immovables. No one, for example, would be interested in acquiring an immovable if there were no way to verify that the person claiming to own it has a valid title of ownership. The land registration system therefore has a vital importance, although non-specialists are unaware of that importance, that makes it central to the state's mission. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(F. Brochu, *Mémoire portant sur le Projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de succession et de publicité des droits*, Commission des institutions, May 23, 2013 (online), at p. 4)

[163] When the plain wording and structure of the *C.C.Q.* cohere with these modern realities, it is difficult to see why we should be eager to equate the *C.C.Q.*'s regimes with those that existed under the *C.C.L.C.* Indeed, this is all the more difficult to see in light of the interpretive principle that “the will of the legislature must be interpreted in light of prevailing, rather than historical, circumstances” (*R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at para. 38). *A fortiori*, I would think that a court should

**2938.** Sont soumises à la publicité, l'acquisition, la constitution, la reconnaissance, la modification, la transmission et l'extinction d'un droit réel immobilier.

Le sont aussi la renonciation à une succession, à un legs, à une communauté de biens, au partage de la valeur des acquêts ou du patrimoine familial, ainsi que le jugement qui annule la renonciation.

Les autres droits personnels et les droits réels mobiliers sont soumis à la publicité dans la mesure où la loi prescrit ou autorise expressément leur publication. La modification ou l'extinction d'un droit ainsi publié est soumise à la publicité.

[162] Comme le juge Jacques l'a reconnu, cette caractéristique d'opposabilité aux tiers, notamment les tiers acquéreurs et les créanciers, démontre l'importance du registre foncier dans une société moderne :

En fournissant des informations sur lesquelles s'appuient, notamment, les acquéreurs et les créanciers hypothécaires pour évaluer la validité d'un titre de propriété, le registre foncier favorise la sécurité des transactions et l'exploitation de la valeur économique des immeubles. Personne, à titre d'exemple, ne serait intéressé à acquérir un immeuble s'il n'existait aucun moyen de vérifier que la personne qui s'en prétend propriétaire dispose d'un titre de propriété valable. Le système de publicité foncière revêt donc une importance capitale, quoique méconnue des non-spécialistes, qui le situe au cœur de la mission de l'État. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(F. Brochu, *Mémoire portant sur le Projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*, Commission des institutions, 23 mai 2013 (en ligne), p. 4)

[163] Lorsque le sens ordinaire et la structure du *C.c.Q.* s'accordent avec ces réalités modernes, il est difficile de concevoir pourquoi nous devrions assimiler ces régimes à ceux qui existaient sous le *C.c.B.-C.* En effet, ceci est d'autant plus difficile compte tenu du principe d'interprétation selon lequel « la volonté [du législateur] doit être interprétée à la lumière de la situation qui a cours plutôt que des circonstances historiques » : *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 38. *A fortiori*, j'estime

exercise caution before retrograding legislative amendments, like the judicial application requirement in art. 2918, or the publication regime in Book Nine of the *C.C.Q.*

[164] For these reasons, I would allow the appeal.

*Appeal dismissed with costs, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: De Grandpré Chait, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal.*

que les tribunaux devraient faire preuve de prudence avant de rétrograder des modifications législatives, telle celle de l'exigence relative à la demande en justice prévue à l'art. 2918, ou le régime de publicité décrit au livre neuvième du *C.c.Q.*

[164] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureurs des appelants : De Grandpré Chait, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée : Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal.*

**Valentin Pinte** *Appellant*

v.

**Dale Johns and  
Dylan Johns** *Respondents*

and

**National Self-Represented Litigants Project,  
Pro Bono Ontario and  
Access Pro Bono** *Interveners*

**INDEXED AS: PINTEA v. JOHNS**

**2017 SCC 23**

File No.: 37109.

2017: April 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL  
OF ALBERTA

*Civil procedure — Contempt of court — Required knowledge — Self-represented plaintiff failing to comply with case management orders and failing to attend case management meetings after having moved without filing change of address with court as required — Case management judge striking claim, finding plaintiff in contempt of court and awarding costs to defendants — Majority of Court of Appeal affirming decision — Dissenting judge finding that plaintiff's failure to attend case management meetings not act of contempt and that costs award significantly disproportionate consequence for failing to file change of address — Actual knowledge of impugned orders necessary for plaintiff to be found in contempt — Action restored and costs award vacated — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, r. 10.52(3)(a)(iii).*

**Valentin Pinte** *Appelant*

c.

**Dale Johns et  
Dylan Johns** *Intimés*

et

**National Self-Represented Litigants Project,  
Pro Bono Ontario et  
Access Pro Bono** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : PINTEA c. JOHNS**

**2017 CSC 23**

N° du greffe : 37109.

2017 : 18 avril.

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

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

*Procédure civile — Outrage au tribunal — Connaissance requise — Défaut par un demandeur non représenté de se conformer à des ordonnances relatives à la gestion de l'instance et de se présenter à des rencontres de gestion d'instance après avoir déménagé sans communiquer au tribunal son changement d'adresse comme il était tenu de le faire — Décision de la juge chargée de la gestion de l'instance radiant la demande, déclarant le demandeur coupable d'outrage au tribunal et adjugeant les dépens en faveur des défendeurs — Arrêt de la Cour d'appel confirmant cette décision à la majorité — Opinion dissidente concluant que le défaut du demandeur de se présenter aux rencontres de gestion d'instance ne représentait pas un outrage au tribunal et que la condamnation aux dépens constituait une conséquence disproportionnée par rapport à l'omission d'avoir communiqué le changement d'adresse — Preuve de la connaissance réelle par le demandeur des ordonnances en cause requise pour justifier sa condamnation pour outrage au tribunal — Rétablissement de l'action en justice et annulation de la condamnation aux dépens — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, art. 10.52(3)(a)(iii).*

**Statutes and Regulations Cited**

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 10.52(3) (a)(iii).

**Authors Cited**

Canadian Judicial Council. *Statement of Principles on Self-represented Litigants and Accused Persons*, September 2006 (online: [https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_other\\_PrinciplesStatement\\_2006\\_en.pdf](https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_other_PrinciplesStatement_2006_en.pdf); archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC23\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC23_1_eng.pdf)).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Martin, McDonald and Veldhuis JJ.A.), 2016 ABCA 99, [2016] A.J. No. 432 (QL), 2016 CarswellAlta 772 (WL Can.), affirming a decision of the Court of Queen’s Bench (Kenny J.). Appeal allowed.

*Colin Feasby, Sean Sutherland and Adam LaRoche*, for the appellant.

*Duncan C. Boswell and Alyssa J. Duke*, for the respondents.

*Ilan Ishai and Ranjan Agarwal*, for the intervener the National Self-Represented Litigants Project.

*Andrew Bernstein, Jeremy Opolsky and Leora Jackson*, for the interveners Pro Bono Ontario and Access Pro Bono.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] KARAKATSANIS J. — The common law of civil contempt requires that the respondents prove beyond a reasonable doubt that Mr. Pintea had actual knowledge of the Orders for the case management meetings he failed to attend.

[2] The case management judge failed to consider whether Mr. Pintea had actual knowledge of two of the three Orders upon which she based her

**Lois et règlements cités**

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, art. 10.52(3) (a)(iii).

**Doctrine et autres documents cités**

Conseil canadien de la magistrature. *Énoncé de principes concernant les plaideurs et les accusés non représentés par un avocat*, septembre 2006 (en ligne : [https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_other\\_PrinciplesStatement\\_2006\\_fr.pdf](https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_other_PrinciplesStatement_2006_fr.pdf); version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC23\\_1\\_fra.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC23_1_fra.pdf)).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Martin, McDonald et Veldhuis), 2016 ABCA 99, [2016] A.J. No. 432 (QL), 2016 CarswellAlta 772 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (juge Kenny). Pourvoi accueilli.

*Colin Feasby, Sean Sutherland et Adam LaRoche*, pour l’appellant.

*Duncan C. Boswell et Alyssa J. Duke*, pour les intimés.

*Ilan Ishai et Ranjan Agarwal*, pour l’intervenant National Self-Represented Litigants Project.

*Andrew Bernstein, Jeremy Opolsky et Leora Jackson*, pour les intervenantes Pro Bono Ontario et Access Pro Bono.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Suivant les règles de la common law relatives à l’outrage au tribunal en matière civile, les intimés doivent prouver hors de tout doute raisonnable que M. Pintea connaissait réellement l’existence des ordonnances fixant la tenue des rencontres de gestion d’instance auxquelles il a omis d’assister.

[2] La juge chargée de la gestion de l’instance a omis de se demander si M. Pintea connaissait réellement l’existence de deux des trois ordonnances

decision. The respondents concede that the requirements of Rule 10.52(3)(a)(iii) of the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, were not met with respect to these two Orders.

[3] As a result, the finding of contempt cannot stand.

[4] We would add that we endorse the *Statement of Principles on Self-represented Litigants and Accused Persons* (2006) (online) established by the Canadian Judicial Council.

[5] The appeal is allowed, the action is restored and the costs award vacated.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.*

*Solicitors for the respondents: Gowling WLG (Canada), Calgary.*

*Solicitors for the intervener the National Self-Represented Litigants Project: Bennett Jones, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Pro Bono Ontario and Access Pro Bono: Torys, Toronto.*

sur lesquelles elle a basé sa décision. Les intimés concèdent que les conditions d'application du sous-al. 10.52(3)(a)(iii) des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, n'étaient pas réunies à l'égard de ces deux ordonnances.

[3] En conséquence, la conclusion selon laquelle il y a eu outrage au tribunal ne saurait être maintenue.

[4] Nous tenons à souligner que nous souscrivons à l'*Énoncé de principes concernant les plaignants et les accusés non représentés par un avocat* (2006) (en ligne) établi par le Conseil canadien de la magistrature.

[5] L'appel est accueilli, l'action en justice est rétablie et la condamnation aux dépens est annulée.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary.*

*Procureurs des intimés : Gowling WLG (Canada), Calgary.*

*Procureurs de l'intervenant National Self-Represented Litigants Project : Bennett Jones, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes Pro Bono Ontario et Access Pro Bono : Torys, Toronto.*



**Pierre-Michel Lajeunesse,  
Annick Marcoux and Les avocats  
et notaires de l'État québécois** *Appellants*

and

**Attorney General of Quebec,  
Attorney General of Ontario,  
Trial Lawyers Association of  
British Columbia,  
Administrative Labour Tribunal  
(formerly known as Commission des  
lésions professionnelles),  
Commission des normes, de l'équité,  
de la santé et de la sécurité du travail  
(formerly known as Commission de la santé  
et de la sécurité du travail) and  
9069-4654 Québec inc.** *Intervenors*

**INDEXED AS: LAJEUNESSE (RE)**

**2017 SCC 24**

File No.: 37320.

2017: April 20.

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

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to strike — Les avocats et notaires de l'État québécois launching indefinite strike — Administrative Labour Tribunal determining what essential services LANEQ's members would be required to maintain during strike — Requests for adjournment included as essential service — Members of LANEQ requesting adjournment in appeal before Quebec Court of Appeal — Request for adjournment being dismissed on basis that Chief Justice of Quebec regarded hearings of Court of Appeal as essential service — Decision being appealed on ground that it was not made judicially and was ill-founded in law, and in particular that it impaired right to*

**Pierre-Michel Lajeunesse,  
Annick Marcoux et Les avocats et  
notaires de l'État québécois** *Appellants*

et

**Procureure générale du Québec,  
procureur général de l'Ontario,  
Association des avocats plaideurs de la  
Colombie-Britannique,  
Tribunal administratif du travail  
(anciennement connu sous le nom de  
Commission des lésions professionnelles),  
Commission des normes, de l'équité,  
de la santé et de la sécurité du travail  
(anciennement connue sous le nom  
de Commission de la santé  
et de la sécurité du travail) et  
9069-4654 Québec inc.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : LAJEUNESSE (RE)**

**2017 CSC 24**

N° du greffe : 37320.

2017 : 20 avril.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de grève — Déclenchement d'une grève illimitée par Les avocats et notaires de l'État québécois — Détermination par le Tribunal administratif du travail des services essentiels que doivent maintenir les membres de LANEQ au cours de la grève — Demandes de remise figurant parmi les services essentiels — Demande de remise formulée par des membres de LANEQ dans le cadre d'un pourvoi devant la Cour d'appel du Québec — Demande de remise refusée au motif que la Juge en chef du Québec considère que les audiences de la Cour d'appel constituent un service essentiel — Décision portée en appel au motif qu'elle a été rendue sans*

*strike — Special Act being enacted to order members of LANEQ to return to work — Appeal now moot.*

APPEAL from a decision of the Quebec Court of Appeal (Dutil J.A.), rendered on November 9, 2016, dismissing a request for an adjournment made by the appellants. Appeal dismissed.

*Guillaume Grenier and Pierre Grenier*, for the appellants.

*Sébastien Grammond*, as *amicus curiae*.

*Louis P. Bernier and Marc-André Boucher*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Paul Boniferno, Sunil Kapur and Brandon Kain*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Ariane Bisailon and Mathew P. Good*, for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia.

No one appeared for the intervener the Administrative Labour Tribunal (formerly known as Commission des lésions professionnelles).

No one appeared for the intervener Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (formerly known as Commission de la santé et de la sécurité du travail).

No one appeared for the intervener 9069-4654 Québec inc.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] GASCON J. — We all agree that the question before us is moot, as the strike of LANEQ (Les avocats et notaires de l'État québécois) is over. The

*agir judiciairement et repose sur des considérations erronées en droit, notamment en ce qu'elle porte atteinte au droit de grève — Loi spéciale adoptée ordonnant le retour au travail des membres de LANEQ — Pourvoi devenu théorique.*

POURVOI contre une décision de la Cour d'appel du Québec (la juge Dutil), rendue le 9 novembre 2016, qui a refusé une demande de remise formulée par les appelants. Pourvoi rejeté.

*Guillaume Grenier et Pierre Grenier*, pour les appelants.

*Sébastien Grammond*, en qualité d'*amicus curiae*.

*Louis P. Bernier et Marc-André Boucher*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

*Paul Boniferno, Sunil Kapur et Brandon Kain*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Ariane Bisailon et Mathew P. Good*, pour l'intervenante l'Association des avocats plaideurs de la Colombie-Britannique.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le Tribunal administratif du travail (anciennement connu sous le nom de Commission des lésions professionnelles).

Personne n'a comparu pour l'intervenante la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (anciennement connue sous le nom de Commission de la santé et de la sécurité du travail).

Personne n'a comparu pour l'intervenante 9069-4654 Québec inc.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE GASCON — Nous sommes tous d'avis que la question qui est devant nous est théorique, puisque la grève de LANEQ (Les avocats et notaires

appeal is therefore dismissed without costs. In doing so, we endorse neither the process followed nor the validity of the considerations identified by the Court of Appeal in its decision.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Ontario: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

de l'État québécois) est terminée. Le pourvoi est donc rejeté, sans dépens. Ce faisant, nous n'avalisons ni le processus suivi ni le bien-fondé des considérations identifiées par la Cour d'appel dans sa décision.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs des appelants : Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la procureure générale du Québec : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats plaideurs de la Colombie-Britannique : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Hubert Hunt,  
William Parsons,  
Gary Hillyard and  
John King** *Respondents*

**INDEXED AS: R. v. HUNT**

**2017 SCC 25**

File No.: 37314.

2017: April 25.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner,  
Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Accused jointly charged with fraud, conspiracy to commit fraud, falsifying books and documents, and circulating false prospectus — Accused alleging abuse of process due to pre-charge delay in violation of their constitutional right to security of person — Trial judge granting stay of proceedings — Majority of Court of Appeal finding no basis on which to conclude that trial judge erred in determining that stay of proceedings was appropriate remedy — Dissenting judge finding that accused not deprived of constitutional right to security of person and that stay of proceedings should not have been granted — Stay of proceedings not warranted.*

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Newfoundland and Labrador (Welsh, Rowe and Hoegg JJ.A.), 2016 NLCA 61, 33 C.R. (7th) 321, [2016] N.J. No. 372 (QL), 3016 CarswellNfld 425 (WL Can.), affirming a decision of Thompson J., 2015 NLTD(G) 15, 334 C.R.R. (2d) 236, 361 Nfld. & P.E.I.R. 193, 1122 A.P.R. 193, [2015] N.J. No. 39 (QL), 2015 CarswellNfld 27 (WL Can.). Appeal allowed, Côté J. dissenting.

*Lloyd M. Strickland*, for the appellant.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Hubert Hunt,  
William Parsons,  
Gary Hillyard et  
John King** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : R. c. HUNT**

**2017 CSC 25**

N° du greffe : 37314.

2017 : 25 avril.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis,  
Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-  
NEUVE-ET-LABRADOR

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Arrêt des procédures — Accusés inculpés conjointement de fraude, de complot en vue de commettre une fraude, de falsification de livres et de documents et de mise en circulation d'un faux prospectus — Abus de procédure invoqué par les accusés au motif que le délai écoulé avant le dépôt des accusations a violé le droit à la sécurité de leur personne que leur garantit la Constitution — Arrêt des procédures accordé par le juge du procès — Cour d'appel jugeant majoritairement à l'absence de fondement permettant de conclure que le juge du procès a fait erreur en décidant que l'arrêt des procédures constituait la réparation convenable — Juge dissidente concluant que les accusés n'ont pas été privés de leur droit constitutionnel à la sécurité de leur personne et que l'arrêt des procédures n'aurait pas dû leur être accordé — Arrêt des procédures non justifié.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Rowe et Hoegg), 2016 NLCA 61, 33 C.R. (7th) 321, [2016] N.J. No. 372 (QL), 3016 CarswellNfld 425 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Thompson, 2015 NLTD(G) 15, 334 C.R.R. (2d) 236, 361 Nfld. & P.E.I.R. 193, 1122 A.P.R. 193, [2015] N.J. No. 39 (QL), 2015 CarswellNfld 27 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

*Lloyd M. Strickland*, pour l'appelante.

*Derek Hogan*, for the respondent Hubert Hunt.

*Derek Hogan*, pour l'intimé Hubert Hunt.

*Randolph J. Piercey, Q.C.*, for the respondent William Parsons.

*Randolph J. Piercey, c.r.*, pour l'intimé William Parsons.

*Jonathan E. Noonan*, for the respondent Gary Hillyard.

*Jonathan E. Noonan*, pour l'intimé Gary Hillyard.

*John Brooks, Q.C.*, for the respondent John King.

*John Brooks, c.r.*, pour l'intimé John King.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] ABELLA J. — A majority of this Court is of the view that the appeal should be allowed substantially for the reasons of Hoegg J.A.

[1] LA JUGE ABELLA — La Cour, à la majorité, est d'avis d'accueillir le pourvoi, essentiellement pour les motifs exposés par la juge Hoegg de la Cour d'appel.

[2] Justice Côté would dismiss the appeal substantially for the reasons of the majority in the Court of Appeal.

[2] La juge Côté rejeterait pour sa part le pourvoi, en grande partie pour les motifs énoncés par les juges de la majorité en Cour d'appel.

*Judgment accordingly.*

*Jugement en conséquence.*

*Solicitor for the appellant: Special Prosecutions Office, St. John's.*

*Procureur de l'appelante : Special Prosecutions Office, St. John's.*

*Solicitor for the respondent Hubert Hunt: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.*

*Procureur de l'intimé Hubert Hunt : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.*

*Solicitors for the respondent William Parsons: Noonan Piercey, St. John's.*

*Procureurs de l'intimé William Parsons : Noonan Piercey, St. John's.*

*Solicitors for the respondent Gary Hillyard: Noonan Piercey, St. John's.*

*Procureurs de l'intimé Gary Hillyard : Noonan Piercey, St. John's.*

*Solicitor for the respondent John Brooks: John Brooks Law Office, St. John's.*

*Procureur de l'intimé John Brooks : John Brooks Law Office, St. John's.*

**Director of Criminal and  
Penal Prosecutions** *Appellant*

v.

**Robert Jodoin** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,  
Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Association des avocats  
de la défense de Montréal,  
Trial Lawyers Association of  
British Columbia and Canadian Civil  
Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: QUEBEC (DIRECTOR OF CRIMINAL  
AND PENAL PROSECUTIONS) v. JODOIN**

**2017 SCC 26**

File No.: 36539.

2016: December 5; 2017: May 12.

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

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

*Criminal law — Costs — Lawyers — Courts — Jurisdiction — Superior Court dismissing motions of defence lawyer for writs of prohibition and awarding costs against lawyer personally — Court of Appeal setting award aside — Criteria and process applicable to exercise by courts of their power to impose such sanction on lawyer — Whether awarding costs against lawyer personally was justified in this case — Whether Court of Appeal erred in substituting its own opinion for that of Superior Court.*

J, an experienced criminal lawyer, was representing 10 clients charged with impaired driving. On the morning of a scheduled hearing in the Court of Québec on a motion for disclosure of evidence in his clients' cases, before it even began, J had the office of the Superior Court stamp a series of motions for writs of prohibition in which he challenged the jurisdiction of the Court of

**Directeur des poursuites criminelles  
et pénales** *Appelant*

c.

**Robert Jodoin** *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales,  
Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Association des avocats  
de la défense de Montréal,  
Association des avocats plaideurs de la  
Colombie-Britannique et Association  
canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (DIRECTEUR DES POUR-  
SUITES CRIMINELLES ET PÉNALES) c. JODOIN**

**2017 CSC 26**

N° du greffe : 36539.

2016 : 5 décembre; 2017 : 12 mai.

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

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

*Droit criminel — Dépens — Avocats — Tribunaux — Compétence — Cour supérieure rejetant les requêtes d'un avocat de la défense sollicitant la délivrance de brefs de prohibition et condamnant celui-ci personnellement au paiement des dépens — Condamnation annulée en appel — Critères et processus régissant l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir d'infliger une telle sanction à un avocat — La condamnation personnelle aux dépens était-elle justifiée en l'espèce? — La Cour d'appel a-t-elle erré en substituant son opinion à celle de la Cour supérieure?*

J, avocat criminaliste d'expérience, représente 10 clients accusés de conduite avec facultés affaiblies. Le matin d'une audience prévue en Cour du Québec sur une requête en communication de la preuve dans les dossiers de ses clients, avant qu'elle ne débute, J fait timbrer au greffe de la Cour supérieure une série de requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition contestant

Québec judge who was to preside over the hearing, alleging bias on the judge's part. However, before the motions were served, the parties learned that another judge would be presiding instead. The motions were therefore put aside, and the hearing on the motion for disclosure of evidence began. At the hearing, J objected to the testimony of an expert witness called by the Crown on the ground that he had not received the required notice. The judge decided to authorize the examination in chief of the expert after the lunch break. During the break, J drew up a new series of motions for writs of prohibition, this time challenging that judge's jurisdiction and alleging, once again, bias on the judge's part. After the break, he informed the judge of this and the hearing was adjourned, as the service of such motions suspends proceedings until the Superior Court has ruled on them. The Superior Court dismissed the motions and, at the Crown's request, awarded costs against J personally. The Court of Appeal affirmed the Superior Court's judgment on the disposition of the motions, but allowed the appeal solely to set aside the award of costs against J personally.

*Held* (Abella and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the award of costs restored.

*Per* McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ.: The courts have the power to maintain respect for their authority. This includes the power to manage and control the proceedings conducted before them. A court therefore has an inherent power to control abuse in this regard and to prevent the use of procedure in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute. This is a discretion that must be exercised in a deferential manner, but it allows a court to ensure the integrity of the justice system.

The awarding of costs against lawyers personally flows from the right and duty of the courts to supervise the conduct of the lawyers who appear before them and to note, and sometimes penalize, any conduct of such a nature as to frustrate or interfere with the administration of justice. As officers of the court, lawyers have a duty to respect the court's authority. If they fail to act in a manner consistent with their status, the court may be required to deal with them by punishing their misconduct. This power of the courts to award costs against a lawyer personally is not limited to civil proceedings, but can also be exercised in criminal cases, which means that it may be

la compétence du juge de la Cour du Québec appelé à présider et alléguant sa partialité. Toutefois, avant la signification des requêtes, les parties apprennent que ce sera plutôt un autre juge qui présidera l'audience. Les requêtes sont donc mises de côté et l'audience sur la requête en communication de la preuve débute. En cours d'audience, J s'oppose au témoignage d'un expert du ministère public, au motif qu'il n'a pas reçu le préavis requis. Le juge décide d'autoriser l'interrogatoire principal de l'expert après la pause du midi. Pendant la pause, J rédige une nouvelle série de requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition contestant la compétence de ce juge et alléguant, pour lui également, sa partialité. Au retour de la pause, il en informe le juge et l'audience est ajournée, car la signification de telles requêtes opère sursis des procédures jusqu'à ce que la Cour supérieure se soit prononcée sur celles-ci. La Cour supérieure rejette les requêtes et, à la demande du ministère public, condamne personnellement J au paiement des dépens. La Cour d'appel confirme le jugement de la Cour supérieure sur le sort des requêtes mais accueille l'appel, à seule fin d'annuler la condamnation personnelle de J aux dépens.

*Arrêt* (les juges Abella et Côté sont dissidentes) : Le pourvoi est accueilli et la condamnation aux dépens est rétablie.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe : Les tribunaux ont le pouvoir de veiller au respect de leur autorité. Cela inclut le pouvoir de gérer, contrôler et maîtriser les procédures qui se déroulent devant eux. Ils possèdent ainsi le pouvoir inhérent de réprimer les abus à cet égard et d'empêcher que la procédure ne soit utilisée d'une manière qui serait manifestement injuste envers une partie au litige, ou qui aurait autrement pour effet de discréditer l'administration de la justice. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire qui doit s'exercer avec retenue, mais qui permet à un tribunal d'assurer l'intégrité du système judiciaire.

La condamnation personnelle d'un avocat aux dépens découle du droit et du devoir des tribunaux de superviser la conduite des avocats présents devant eux et de signaler, et parfois sanctionner, toute conduite de nature à mettre en échec l'administration de la justice ou y porter atteinte. En tant qu'officiers de la cour, les avocats ont le devoir de respecter l'autorité des tribunaux. Le défaut des avocats d'agir en conformité avec leur statut peut obliger les tribunaux à sévir à leur endroit en sanctionnant leur inconduite. L'exercice par les tribunaux de ce pouvoir de condamner personnellement un avocat au paiement des dépens ne se limite pas aux instances civiles; il s'étend

exercised against defence lawyers. This power applies in parallel with the power of the courts to punish by way of convictions for contempt of court and that of law societies to sanction unethical conduct by their members.

The threshold for exercising the courts' discretion to award costs against a lawyer personally is a high one. An award of costs against a lawyer personally can be justified only on an exceptional basis where the lawyer's acts have seriously undermined the authority of the courts or seriously interfered with the administration of justice. This high threshold is met where a court has before it an unfounded, frivolous, dilatory or vexatious proceeding that denotes a serious abuse of the judicial system by the lawyer, or dishonest or malicious misconduct on his or her part, that is deliberate.

There are two important guideposts that apply to the exercise of this discretion. The first guidepost relates to the specific context of criminal proceedings, in which the courts must show a certain flexibility toward the actions of defence lawyers, whose role is not comparable in every respect to that of a lawyer in a civil case. If costs are awarded against a lawyer personally, the purpose must not be to discourage the lawyer from defending his or her client's rights and interests, and in particular the client's right to make full answer and defence. Thus, the considerations to be taken into account in assessing the conduct of defence lawyers can be different from those that apply in the case of lawyers in civil proceedings. The second guidepost requires a court to confine itself to the facts of the case before it and to refrain from indirectly putting the lawyer's disciplinary record, or indeed his or her career, on trial. To consider facts external to the case before the court can be justified only for the limited purpose of determining, first, the intention behind the lawyer's actions and whether he or she was acting in bad faith, and, second, whether the lawyer knew, on bringing the impugned proceeding, that the courts do not approve of such proceedings and that this one was unfounded.

A court cannot award costs against a lawyer personally without following a certain process and observing certain procedural safeguards. A lawyer upon whom such a sanction may be imposed should be given prior notice of the allegations against him or her and the possible consequences. The notice should contain sufficient information about the alleged facts and the nature of the evidence in support of those facts, and should be sent far enough in advance to enable the lawyer to prepare adequately. The lawyer should have an opportunity to make separate

aussi aux instances criminelles et peut donc viser les avocats de la défense. Ce pouvoir s'exerce parallèlement à celui des tribunaux de sévir par une condamnation pour outrage au tribunal et à celui des barreaux de sanctionner l'inconduite de leurs membres sur le plan déontologique.

L'application du pouvoir discrétionnaire des tribunaux de condamner personnellement un avocat au paiement des dépens est circonscrite par des critères d'exercice élevés. Une condamnation personnelle de l'avocat aux dépens ne peut se justifier que de manière exceptionnelle, en présence d'une atteinte sérieuse à l'autorité des tribunaux ou d'une entrave grave à l'administration de la justice. Ce critère élevé est respecté lorsqu'un tribunal est en présence d'une procédure mal fondée, frivole, dilatoire ou vexatoire, qui dénote un abus grave du système judiciaire ou une inconduite malhonnête ou malveillante, commis de propos délibéré par l'avocat.

Deux balises importantes encadrent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. La première balise découle du contexte particulier des procédures en matière criminelle, lequel requiert une certaine souplesse de la part des tribunaux à l'égard des actions entreprises par les avocats de la défense, dont le rôle n'est pas comparable en tous points à celui de l'avocat en matière civile. La condamnation personnelle aux dépens ne doit pas viser à décourager l'avocat dans la défense des droits et intérêts de son client, notamment son droit à une défense pleine et entière. Ainsi, l'évaluation de la conduite de l'avocat de la défense doit tenir compte de considérations parfois différentes de celles de l'avocat en matière civile. La seconde balise exige que les tribunaux s'en tiennent aux faits propres à l'affaire dont ils sont saisis et qu'ils s'abstiennent de faire indirectement le procès du dossier disciplinaire de l'avocat, voire de sa carrière. Recourir à des faits externes à l'instance concernée ne peut se justifier que dans l'objectif limité de déterminer, d'une part, l'intention et la mauvaise foi derrière les actions de l'avocat et, d'autre part, la connaissance par ce dernier, au moment où il a entrepris les procédures qu'on lui reproche, de la désapprobation de celles-ci par les tribunaux et de leur caractère mal fondé.

Un tribunal ne peut condamner personnellement un avocat aux dépens sans respecter un certain processus et certaines garanties procédurales. L'avocat passible d'une telle sanction devrait recevoir un avis préalable l'informant des allégations formulées à son endroit et des conséquences qui pourraient en découler. Cet avis devrait contenir des informations suffisantes sur les faits reprochés et sur la teneur de la preuve à l'appui, et être transmis suffisamment à l'avance pour permettre à l'avocat de se préparer adéquatement. Ce dernier devrait avoir



submissions on costs and to adduce any relevant evidence in this regard. The applicable standard of proof is the balance of probabilities. In criminal proceedings, the Crown's role on this issue must be limited to objectively presenting the evidence and the relevant arguments.

The circumstances of this case were exceptional and justified an award of costs against J personally. The Superior Court correctly identified the applicable criteria and properly exercised its discretion. As the court noted, J's conduct in the cases in question was particularly reprehensible. The purpose of that conduct was unrelated to the motions he brought. J was motivated by a desire to have the hearing postponed rather than by a sincere belief that the judges targeted by his motions were hostile. J thus used the extraordinary remedies for a purely dilatory purpose with the sole objective of obstructing the orderly conduct of the judicial process in a calculated manner. It was therefore reasonable for the court to conclude that J had acted in bad faith and in a way that amounted to abuse of process, thereby seriously interfering with the administration of justice. The Court of Appeal should not have intervened in the absence of an error of law, a palpable and overriding error of fact or an unreasonable exercise of discretion by the Superior Court.

*Per* Abella and Côté JJ. (dissenting): Personal costs orders are of an exceptional nature. In the criminal context, such orders could have a chilling effect on criminal defence counsel's ability to properly defend their client. Accordingly, they should only be issued in the most exceptional of circumstances and the Crown should be very hesitant about pursuing them.

In the instant case, J's behaviour did not warrant the exceptional remedy of a personal costs order. It appears that his conduct was not unique and that he was being punished as a warning to other lawyers engaged in similar tactics. The desire to make an example of J's behaviour does not justify straying from the legal requirement that his conduct be rare and exceptional before costs are ordered personally against him.

l'occasion de présenter des observations distinctes au sujet des dépens, et, le cas échéant, des éléments de preuve pertinents à cet égard. La norme de preuve qui s'impose est celle de la preuve prépondérante. Dans les instances criminelles, le rôle du ministère public sur cette question doit se limiter à présenter objectivement la preuve et les arguments pertinents.

La situation en l'espèce était exceptionnelle et autorisait la condamnation personnelle de J au paiement des dépens. La Cour supérieure a bien dégagé les critères applicables et correctement exercé son pouvoir discrétionnaire. Comme elle l'a souligné, la conduite de J dans ces dossiers était particulièrement répréhensible. Elle visait un but étranger aux requêtes entreprises. J était animé par une volonté d'obtenir une remise de l'audience plutôt que par une croyance sincère dans l'inimicé des juges qui étaient la cible de ses requêtes. J a ainsi utilisé les recours extraordinaires à une fin purement dilatoire dans le seul but d'entraver de manière calculée le bon déroulement du processus judiciaire. Devant cela, la cour pouvait raisonnablement conclure que J a fait preuve de mauvaise foi et a abusé des procédures, portant ainsi sérieusement atteinte à l'administration de la justice. La Cour d'appel ne devait pas intervenir en l'absence d'erreur de droit, d'erreur manifeste et déterminante en faits ou d'exercice déraisonnable par la Cour supérieure de son pouvoir discrétionnaire.

*Les* juges Abella et Côté (dissidentes) : Les ordonnances condamnant personnellement un avocat aux dépens sont des mesures de nature exceptionnelle. Dans le contexte de procédures criminelles, de telles ordonnances pourraient avoir un effet paralysant sur la capacité des avocats de la défense à défendre adéquatement leurs clients. En conséquence, une telle sanction ne devrait être infligée que dans les circonstances les plus exceptionnelles et le ministère public devrait faire montre de beaucoup de circonspection avant de demander qu'elle le soit.

En l'espèce, la conduite de J ne justifiait pas l'imposition de la sanction exceptionnelle que représente la condamnation personnelle d'un avocat aux dépens. Il semble que sa conduite ne présentait pas un caractère exceptionnel et que la sanction qui lui était infligée se voulait un avertissement aux autres avocats ayant recours à des tactiques similaires. Le désir de faire un exemple de J en sanctionnant sa conduite ne saurait justifier de déroger à la règle de droit exigeant que la conduite qu'on lui reproche présente un caractère rare et exceptionnel afin que le tribunal puisse le condamner personnellement aux dépens.

Moreover, J's motions for writs of prohibition were not unfounded to a sufficient degree to attract a personal costs order. The Crown had not provided J with the notice required for an expert witness testimony under s. 657.3(3) of the *Criminal Code*. J was, as a result, entitled to an adjournment under s. 657.3(4). The judge presiding in the Court of Québec only granted him a brief one over the lunch break and mistakenly said that J had already cross-examined the Crown's expert in other matters. In the circumstances, J's filing of motions for writs of prohibition for the purpose of suspending the proceedings can easily be seen as an error of judgment, but hardly one justifying a personal costs order. For these reasons, the appeal should be dismissed.

### Cases Cited

By Gascon J.

**Applied:** *Quebec (Attorney General) v. Cronier* (1981), 63 C.C.C. (2d) 437; **considered:** *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Pacific Mobile Corporation v. Hunter Douglas Canada Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 842; **referred to:** *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481, rev'd 2002 SCC 63, [2002] 3 S.C.R. 307; *Morel v. Canada*, 2008 FCA 53, [2009] 1 F.C.R. 629; *Myers v. Elman*, [1940] A.C. 282; *Pearl v. Gentra Canada Investments Inc.*, [1998] R.L. 581; *R. v. Liberatore*, 2010 NSCA 26, 292 N.S.R. (2d) 69; *R. v. Smith* (1999), 133 Man. R. (2d) 89; *Canada (Procureur général) v. Bisson*, [1995] R.J.Q. 2409; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Trang*, 2002 ABQB 744, 323 A.R. 297; *Fearn v. Canada Customs*, 2014 ABQB 114, 586 A.R. 23; *R. v. Ciarniello* (2006), 81 O.R. (3d) 561; *Leyshon-Hughes v. Ontario Review Board*, 2009 ONCA 16, 240 C.C.C. (3d) 181; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74; *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. Joannisse* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Carrier*, 2012 QCCA 594; *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303; *Galganov v.*

De plus, les requêtes sollicitant la délivrance de brevets de prohibition n'étaient pas mal fondées au point de commander une condamnation personnelle aux dépens. Le ministère public n'avait pas donné à J, comme le requiert le par. 657.3(3) du *Code criminel*, de préavis de son intention de faire témoigner un expert. Par conséquent, J avait droit à un ajournement en vertu du par. 657.3(4). Le juge de la Cour du Québec qui présidait l'audience ne lui a accordé qu'une brève suspension pendant la pause du midi et a affirmé à tort que J avait déjà contre-interrogé le témoin expert du ministère public dans d'autres instances. Dans les circonstances, le dépôt par J des requêtes sollicitant la délivrance de brevets de prohibition en vue d'obtenir la suspension des procédures peut aisément être considéré comme une erreur de jugement, mais difficilement comme une erreur justifiant une condamnation personnelle aux dépens. Pour ces motifs, le pourvoi devrait être rejeté.

### Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

**Arrêt appliqué :** *Québec (Procureur général) c. Cronier* (1981), 23 C.R. (3d) 97; **arrêts examinés :** *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Pacific Mobile Corporation c. Hunter Douglas Canada Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 842; **arrêts mentionnés :** *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481, inf. par 2002 CSC 63, [2002] 3 R.C.S. 307; *Morel c. Canada*, 2008 CAF 53, [2009] 1 R.C.F. 629; *Myers c. Elman*, [1940] A.C. 282; *Pearl c. Gentra Canada Investments Inc.*, [1998] R.L. 581; *R. c. Liberatore*, 2010 NSCA 26, 292 N.S.R. (2d) 69; *R. c. Smith* (1999), 133 Man. R. (2d) 89; *Canada (Procureur général) c. Bisson*, [1995] R.J.Q. 2409; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Trang*, 2002 ABQB 744, 323 A.R. 297; *Fearn c. Canada Customs*, 2014 ABQB 114, 586 A.R. 23; *R. c. Ciarniello* (2006), 81 O.R. (3d) 561; *Leyshon-Hughes c. Ontario Review Board*, 2009 ONCA 16, 240 C.C.C. (3d) 181; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Histed c. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74; *Groia c. Law Society of Upper Canada*, 2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. Joannisse* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Carrier*, 2012 QCCA 594; *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*,

*Russell (Township)*, 2012 ONCA 410, 294 O.A.C. 13; *Trackcom Systems International Inc. v. Trackcom Systems Inc.*, 2014 QCCA 1136; *Québec (Procureur général) v. Bélanger*, 2012 QCCA 1669, 4 M.P.L.R. (5th) 21; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631.

By Abella and Côté JJ. (dissenting)

*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *R. v. Gunn*, 2003 ABQB 314, 335 A.R. 137.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 657.3(3), (4).  
*Professional Code*, CQLR, c. C-26, s. 23.  
*Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002*, SI/2002-46, s. 25.

#### Authors Cited

Code, Michael. “Counsel’s Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System” (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97.  
 Jacob, I. H. “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Leg. Probl.* 23.  
 Monahan, Patrick J. “The Independence of the Bar as a Constitutional Principle in Canada”, in Law Society of Upper Canada, ed., *In the Public Interest: The Report & Research Papers of the Law Society of Upper Canada’s Task Force on the Rule of Law & the Independence of the Bar*, Toronto: Irwin Law, 2007, 117.  
 Morissette, Yves-Marie. “L’initiative judiciaire vouée à l’échec et la responsabilité de l’avocat ou de son mandant” (1984), 44 *R. du B.* 397.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Levesque and Émond JJ.A.), 2015 QCCA 847, [2015] AZ-51175627, [2015] J.Q. n° 4142 (QL), 2015 CarswellQue 4364 (WL Can.), setting aside in part a decision of Bellavance J., 2013 QCCS 4661, [2013] AZ-51004528, [2013] J.Q. n° 13287 (QL), 2013 CarswellQue 10170 (WL Can.). Appeal allowed, Abella and Côté JJ. dissenting.

*Daniel Royer and Catherine Dumais*, for the appellant.

*Catherine Cantin-Dussault*, for the respondent.

2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303; *Galganov c. Russell (Township)*, 2012 ONCA 410, 294 O.A.C. 13; *Trackcom Systems International Inc. c. Trackcom Systems Inc.*, 2014 QCCA 1136; *Québec (Procureur général) c. Bélanger*, 2012 QCCA 1669, 4 M.P.L.R. (5th) 21; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631.

Citée par les juges Abella et Côté (dissidentes)

*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *R. c. Gunn*, 2003 ABQB 314, 335 A.R. 137.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 657.3(3), (4).  
*Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 23.  
*Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)*, TR/2002-46, art. 25.

#### Doctrine et autres documents cités

Code, Michael. « Counsel’s Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. can. D.P.* 97.  
 Jacob, I. H. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Leg. Probl.* 23.  
 Monahan, Patrick J. « L’indépendance du barreau en tant que principe constitutionnel au Canada », dans Barreau du Haut-Canada, dir., *Dans l’intérêt public : rapport et articles du groupe d’étude du barreau du Haut-Canada sur la règle de droit et l’indépendance du barreau*, Toronto, Irwin Law, 2007, 127.  
 Morissette, Yves-Marie. « L’initiative judiciaire vouée à l’échec et la responsabilité de l’avocat ou de son mandant » (1984), 44 *R. du B.* 397.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Dutil, Levesque et Émond), 2015 QCCA 847, [2015] AZ-51175627, [2015] J.Q. n° 4142 (QL), 2015 CarswellQue 4364 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Bellavance, 2013 QCCS 4661, [2013] AZ-51004528, [2013] J.Q. n° 13287 (QL), 2013 CarswellQue 10170 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella et Côté sont dissidentes.

*Daniel Royer et Catherine Dumais*, pour l’appellant.

*Catherine Cantin-Dussault*, pour l’intimé.

*Gilles Villeneuve and Mathieu Stanton*, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

*Maxime Hébrard and Marlys A. Edwardh*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Walid Hijazi, Lida Sara Nouraie and Nicholas St-Jacques*, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

*Mathew P. Good and Ariane Bisailon*, for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia.

*Frank Addario and Stephen Aylward*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ. delivered by

GASCON J. —

## I. Overview

[1] This appeal concerns the scope of the courts' power to award costs<sup>1</sup> against a lawyer personally in a criminal proceeding. Although the courts have the power to maintain respect for their authority and to preserve the integrity of the administration of justice, the appropriateness of imposing such a sanction in a criminal proceeding must be assessed in light of the special role played by defence lawyers and the rights of the accused persons they represent. In such cases, the courts must be cautious in exercising this discretion.

<sup>1</sup> The Superior Court and the Court of Appeal used the French term “*dépens*” in their reasons and in their conclusions. The appellant and the respondent have referred sometimes to the concept of “*dépens*” and sometimes to that of “*frais*”. For consistency, I will use the term used by the courts below in the French version of these reasons.

*Gilles Villeneuve et Mathieu Stanton*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

*Maxime Hébrard et Marlys A. Edwardh*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Walid Hijazi, Lida Sara Nouraie et Nicholas St-Jacques*, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

*Mathew P. Good et Ariane Bisailon*, pour l'intervenante l'Association des avocats plaideurs de la Colombie-Britannique.

*Frank Addario et Stephen Aylward*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe a été rendu par

LE JUGE GASCON —

## I. Aperçu

[1] Ce pourvoi porte sur l'étendue du pouvoir des tribunaux de condamner personnellement un avocat au paiement des dépens<sup>1</sup> en matière criminelle. Si les tribunaux ont le pouvoir de veiller au respect de leur autorité et au maintien de l'intégrité de l'administration de la justice, l'opportunité d'imposer une telle sanction dans une instance criminelle doit être soupesée au regard du rôle particulier de l'avocat de la défense et des droits de l'accusé qu'il représente. Dans de tels cas, les tribunaux doivent faire preuve de prudence dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

<sup>1</sup> La Cour supérieure et la Cour d'appel utilisent le terme « dépens » dans leurs motifs et leurs dispositifs. L'appelant et l'intimé se réfèrent tantôt à la notion de « dépens », tantôt à celle de « frais ». Aux fins d'uniformité, je m'en tiendrai au terme utilisé dans les décisions inférieures.

[2] The respondent is an experienced criminal lawyer and a member of the Barreau du Québec. In several impaired driving cases joined for hearing on a single motion for disclosure of evidence, he filed two series of motions on the same day for writs of prohibition against two judges of the Court of Québec, each time on questionable grounds of bias, apparently in order to obtain a postponement of the scheduled hearing. A first judge had initially been assigned to preside over that hearing, but a second one replaced the first unexpectedly at the last minute. In response to that unprecedented strategy, which resulted in the postponement of the hearing in the Court of Québec, the appellant, the Crown, asked not only that the motions be dismissed, but also that the costs of the motions be awarded against the respondent personally.

[3] The Superior Court held that awarding costs against a lawyer personally can be justified in the case of a frivolous proceeding that denotes a serious and deliberate abuse of the judicial system. The judge expressed the opinion that the respondent's intentional acts were indicative of such abuse and constituted exceptional conduct that justified making an award against him personally. The Court of Appeal acknowledged that the motions for writs of prohibition should be dismissed, but nonetheless set aside the award of costs against the respondent personally, finding that his conduct did not satisfy the strict criteria developed by the courts in this regard.

[4] In my opinion, the appeal should be allowed. The Superior Court correctly identified the applicable criteria and properly exercised the discretion it has in such matters. The Court of Appeal should not have intervened in the absence of an error of law, a palpable and overriding error of fact or an unreasonable exercise of his discretion by the motion judge. Although the exercise of this discretion will be warranted only in rare cases, the circumstances of the instant case were exceptional and justified an award of costs against the respondent personally.

[2] L'intimé est un avocat criminaliste d'expérience, membre du Barreau du Québec. Dans le cadre de plusieurs dossiers de conduite avec facultés affaiblies réunis pour une même audience sur une même requête en communication de la preuve, il a déposé le même jour deux séries de requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition contre deux juges de la Cour du Québec, chaque fois pour des motifs de partialité douteux, vraisemblablement afin d'obtenir une remise de l'audience prévue. Un premier juge devait initialement présider cette audience, mais un second l'a remplacé à la dernière minute, contre toute attente. Devant cette démarche inédite qui a entraîné le report de l'audience devant la Cour du Québec, l'appelant, le ministère public, a demandé non seulement le rejet des requêtes, mais aussi la condamnation personnelle de l'intimé au paiement des dépens en découlant.

[3] La Cour supérieure a conclu que la condamnation personnelle de l'avocat aux dépens pouvait se justifier en présence d'une procédure frivole qui dénote un abus grave du système judiciaire commis de propos délibéré. Le juge a estimé que les gestes intentionnels de l'intimé révélaient un tel abus et constituaient une conduite exceptionnelle justifiant sa condamnation personnelle. Tout en reconnaissant qu'il y avait lieu de rejeter les requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition, la Cour d'appel a néanmoins infirmé la condamnation personnelle de l'intimé aux dépens, exprimant l'avis que sa conduite ne répondait pas aux critères stricts élaborés par la jurisprudence.

[4] J'estime qu'il y a lieu d'accueillir l'appel. La Cour supérieure a bien dégagé les critères applicables et correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en la matière. La Cour d'appel ne devait pas intervenir en l'absence d'erreur de droit, d'erreur manifeste et déterminante en faits ou d'exercice déraisonnable par le premier juge de son pouvoir discrétionnaire. Bien que les cas justifiant cet exercice demeurent rares, la situation en l'espèce était exceptionnelle et autorisait la condamnation personnelle de l'intimé au paiement des dépens.

## II. Context

[5] The relevant context of this case can be summarized briefly. In April 2013, the respondent was representing 10 clients charged with driving while impaired by alcohol or while their blood alcohol level exceeded the legal limit. There were 12 cases, and they were joined for a hearing scheduled in the Court of Québec on a motion for disclosure of evidence, because the accused were all represented by the respondent. On the morning of the hearing, before it even began, the respondent had the office of the Superior Court stamp a series of motions for writs of prohibition in which he challenged the jurisdiction of the Court of Québec judge who was to preside over the hearing, alleging bias on the judge's part. As an experienced criminal lawyer, the respondent was well aware that the filing of such motions results in the immediate postponement of the hearing then under way until the Superior Court has ruled on them.

[6] However, the same morning, before the motions were served, the parties learned that another judge would be presiding over the hearing instead. The motions were therefore put aside, and the hearing on the motion for disclosure of evidence began. At the hearing, the Crown stated that it wished to call its expert witness. The respondent objected on the ground that he had not received the notice required by s. 657.3(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and that he had been unable to consult the expert's resumé. He requested a postponement. The judge heard the parties on this subject and decided to authorize the examination in chief of the expert after the lunch break. In his view, the respondent would have an opportunity to examine the expert's resumé before the hearing resumed.

[7] During the break, the respondent chose instead to draw up a new series of motions for writs of prohibition, this time challenging the second judge's jurisdiction and alleging, once again, bias on the judge's part. After the break, he informed the judge of this. As a result of s. 25 of the *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division*, 2002, SI/2002-46, which provides that

## II. Contexte

[5] Le contexte pertinent dans le cadre du litige se résume succinctement. En avril 2013, l'intimé représente 10 clients accusés de conduite d'un véhicule alors que leurs facultés étaient affaiblies par l'alcool ou que leur alcoolémie dépassait la limite permise. Douze dossiers sont concernés, et ils sont réunis pour les besoins d'une audience fixée en Cour du Québec sur une requête en communication de la preuve car les accusés sont tous représentés par l'intimé. Le matin de l'audience prévue, et ce, avant même qu'elle ne débute, l'intimé fait timbrer au greffe de la Cour supérieure une série de requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition contestant la compétence du juge de la Cour du Québec appelé à présider et alléguant sa partialité. Avocat expérimenté en droit criminel, l'intimé est alors bien au fait que le dépôt de telles requêtes entraîne la remise immédiate de l'audience en cours jusqu'à ce que la Cour supérieure se soit prononcée sur celles-ci.

[6] Toutefois, le même matin, avant la signification de ces requêtes, les parties apprennent que ce sera plutôt un autre juge qui présidera l'audience. Les requêtes sont donc mises de côté, et l'audience sur la requête en communication de la preuve débute. En cours d'audience, le ministère public indique qu'il souhaite faire témoigner son expert. L'intimé s'y oppose, au motif qu'il n'a pas reçu le préavis requis par le par. 657.3(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et qu'il n'a pu consulter le curriculum vitae de l'expert. Il exige une remise. Le juge saisi entend les parties sur le sujet et décide d'autoriser l'interrogatoire principal de l'expert après la pause du midi. Il estime que l'intimé aura eu, dans l'intervalle, l'occasion d'étudier le curriculum vitae de l'expert.

[7] Pendant la pause, l'intimé choisit plutôt de rédiger une nouvelle série de requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition contestant cette fois la compétence de ce deuxième juge et alléguant, une fois de plus, la partialité du juge. Au retour de la pause, il en informe le juge saisi. Vu l'article 25 des *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle* (2002), TR/2002-46, qui

the service of such motions suspends proceedings, the judge had no choice but to adjourn the hearing.

[8] The appellant, believing that the sole purpose of these successive extraordinary remedies was to obtain a postponement for an ulterior motive, objected to the respondent's tactic. He told the respondent that he intended to seek an award of costs against the respondent personally because of the latter's dilatory motions and abuse of process. The Superior Court thus heard the motions for writs of prohibition both on the merits and on the award of costs being sought against the respondent personally.

### III. Judicial History

#### A. *Quebec Superior Court (2013 QCCS 4661)*

[9] The Superior Court judge began by rejecting the arguments on the merits of the motions for writs of prohibition against the Court of Québec judge. He found that the motions were unfounded and frivolous and that they were of questionable legal value for an experienced lawyer such as the respondent.

[10] The judge then dealt with the costs award being sought against the respondent. Indeed, he devoted the bulk of his reasons to that issue, as it was clear, to say the least, that the proceeding was frivolous, given that there was nothing in the words of the Court of Québec judge to indicate an excess of jurisdiction.

[11] On the law applicable to the issue of costs in criminal proceedings, the Superior Court judge cited *Quebec (Attorney-General) v. Cronier* (1981), 63 C.C.C. (2d) 437 (Que. C.A.). He noted that L'Heureux-Dubé J.A., as she then was, had emphasized [TRANSLATION] "the inherent power of the Superior Court to manage cases within its jurisdiction and to award costs not provided for by statute" (para. 115 (CanLII)). On the basis of the principles enunciated in *Cronier*, the judge found that the issue was whether what was before him was "a frivolous proceeding that denotes a serious abuse of the

prévoit que la signification de telles requêtes opère sursis des procédures, le juge n'a d'autre choix que d'ajourner l'audience.

[8] Estimant que ces recours extraordinaires successifs n'ont comme seul objectif que l'obtention d'une remise sur la base d'un motif oblique, l'appelant s'oppose à la démarche. Il annonce à l'intimé son intention de demander sa condamnation personnelle aux dépens en raison de ces requêtes dilatoires et de cet abus de procédures. Les requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition sont donc entendues par la Cour supérieure tant sur le fond que sur le volet de la condamnation aux dépens recherchée personnellement contre l'intimé.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure du Québec (2013 QCCS 4661)*

[9] Le juge de la Cour supérieure écarte d'abord les arguments sur le fond des requêtes visant à obtenir la délivrance des brefs de prohibition à l'encontre du juge de la Cour du Québec. Il constate que ces requêtes sont mal fondées, frivoles et d'une valeur juridique douteuse pour un avocat d'expérience comme l'intimé.

[10] Le juge traite ensuite de la question de la condamnation aux dépens réclamée contre l'intimé. Il y consacre du reste l'essentiel de ses motifs, le caractère frivole de la procédure étant pour le moins manifeste, alors qu'il n'y avait dans les propos du juge de la Cour du Québec aucun indice d'excès de compétence.

[11] Sur le droit applicable à la question des dépens en matière criminelle, le juge de la Cour supérieure s'en remet à l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Cronier* (1981), 23 C.R. (3d) 97 (C.A. Qc). Il en retient que dans ses motifs, la juge L'Heureux-Dubé, alors à la Cour d'appel du Québec, met en lumière « le pouvoir inhérent de la Cour supérieure de gérer les dossiers de sa juridiction et d'accorder des dépens non prévus par une loi » (par. 115 (CanLII)). Sur la foi des enseignements de cet arrêt, le juge estime que la question consiste à déterminer s'il est en présence d'« une procédure frivole qui dénote un abus grave

judicial system”, an abuse that was “deliberate” (para. 117).

[12] On the facts of the case before him, the judge found that the [TRANSLATION] “preparation, at lunch-time on April 23, 2013, of a series of motions for writs of prohibition in a legal situation that did not call for such a proceeding, and the continued presentation of those proceedings,” constituted abuse of “section 25 of the *Rules of Practice* and the suspension order it entails” (para. 118). In his analysis, the judge took the respondent’s conduct in other cases into account in determining whether he had had culpable intent to file, as a calculated act, proceedings that he knew to be frivolous and abusive.

[13] The judge concluded that the respondent’s conduct satisfied the applicable criteria and that it had [TRANSLATION] “led, in a manner that well-informed Canadians would not approve of, to paralysis of the legitimate work of the Court of Québec sitting in a criminal proceeding and to disruption of its local judges’ case management work” (para. 119). He dismissed the motions for writs of prohibition and awarded costs against the respondent personally, setting them at \$3,000 for all the cases combined, or \$250 per case.

#### B. *Quebec Court of Appeal (2015 QCCA 847)*

[14] The Court of Appeal affirmed the Superior Court’s judgment on the disposition of the motions for writs of prohibition, but allowed the appeal solely to set aside the award of costs against the respondent personally. It noted that, in criminal cases, [TRANSLATION] “costs have no longer been systematically awarded since the 1954 reform of the criminal justice system” (para. 5 (CanLII)). However, it acknowledged that, “in circumstances that are quite rare and exceptional”, the Superior Court can, “in the exercise of its inherent superintending and reforming powers, award costs” (para. 6). In the case at bar, the Court of Appeal was of the view that the Superior Court should not have exercised those inherent powers to sanction conduct that had occurred in another court

du système judiciaire » commis « de propos délibéré » (par. 117).

[12] Sur les faits propres à l’espèce dont il est saisi, le juge note que la « préparation, sur l’heure du dîner du 23 avril 2013, d’une série de requêtes en émission d’un bref de prohibition, dans une situation juridique qui ne commandait nullement une telle procédure, tout autant que le maintien de la présentation de ces procédures, » constitue un abus « de l’utilisation de l’article 25 des *Règles de procédure* et de son ordonnance de sursis » (par. 118). Dans son analyse, le juge fait état du comportement de l’intimé dans des dossiers distincts afin d’apprécier son intention coupable de déposer, par des gestes réfléchis, des actes de procédure qu’il sait frivoles et abusifs.

[13] Le juge conclut que la conduite de l’intimé satisfait aux critères applicables et qu’elle a « entraîné, d’une manière que le justiciable canadien bien informé n’approuverait pas, la paralysie des travaux légitimes de la Cour du Québec siégeant en matière criminelle et la perturbation du travail de gestion de ses juges locaux » (par. 119). Il rejette les requêtes demandant la délivrance de brefs de prohibition et condamne personnellement l’intimé au paiement des dépens, qu’il fixe à 3 000 \$ pour l’ensemble des dossiers concernés, soit 250 \$ par dossier.

#### B. *Cour d’appel du Québec (2015 QCCA 847)*

[14] La Cour d’appel confirme le jugement de la Cour supérieure sur le sort des requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition, mais accueille l’appel, à seule fin d’annuler la condamnation personnelle de l’intimé aux dépens. Elle souligne qu’en matière criminelle, « l’octroi systématique de frais n’existe plus depuis la refonte du système de justice criminelle en 1954 » (par. 5 (CanLII)). Elle reconnaît que, « dans des circonstances plutôt rares et de nature exceptionnelle », la Cour supérieure peut toutefois, « en vertu de ses pouvoirs inhérents de surveillance et de contrôle, adjuger des dépens » (par. 6). Or, en l’espèce, la Cour d’appel estime que la Cour supérieure ne devait pas exercer ces pouvoirs inhérents à l’endroit de comportements



that itself had the power to punish for contempt of court. It concluded that, on the facts, the situation “does not have the exceptional and rare quality of an act that seriously undermines the authority of that court or that seriously interferes with the administration of justice” (para. 11).

#### IV. Issue

[15] The only issue in this appeal is whether the Superior Court was justified in awarding costs against the respondent personally. What must be done to resolve it is, first, to determine the scope of the courts’ power to impose such a sanction, the applicable criteria and the process to be followed, next, to ascertain whether the criteria were properly applied by the Superior Court judge and, finally, to determine whether the intervention of the Court of Appeal was necessary.

#### V. Analysis

##### A. *Awarding of Costs Against a Lawyer Personally*

###### (1) Power of the Courts

[16] The courts have the power to maintain respect for their authority. This includes the power to manage and control the proceedings conducted before them (*R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 58). A court therefore has an inherent power to control abuse in this regard (*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 136) and to prevent the use of procedure “in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute”: *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 55, per Goudge J.A., dissenting, reasons approved in 2002 SCC 63, [2002] 3 S.C.R. 307. This is a discretion that must, of course, be exercised in a deferential manner (*Anderson*, at para. 59), but it allows a court to “ensure the integrity of the justice system” (*Morel v. Canada*, 2008 FCA 53, [2009] 1 F.C.R. 629, at para. 35).

survenus devant une autre juridiction possédant elle-même le pouvoir de condamner l’outrage au tribunal. Elle en conclut que, dans les faits, la situation « ne révèle pas le caractère exceptionnel et rare que sont une atteinte sérieuse à l’autorité de ce tribunal ou une atteinte grave à l’administration de la justice » (par. 11).

#### IV. Question en litige

[15] La seule question que soulève le pourvoi est celle de savoir si la Cour supérieure était justifiée de condamner personnellement l’intimé au paiement des dépens. Pour y répondre, il faut d’abord cerner l’étendue du pouvoir des tribunaux d’infliger une telle sanction, les critères applicables et le processus à suivre, ensuite, vérifier si l’application des critères par le juge de la Cour supérieure était légitime et, enfin, déterminer si une intervention de la Cour d’appel s’imposait.

#### V. Analyse

##### A. *La condamnation personnelle de l’avocat aux dépens*

###### (1) Le pouvoir des tribunaux

[16] Les tribunaux ont le pouvoir de veiller au respect de leur autorité. Cela inclut le pouvoir de gérer, contrôler et maîtriser les procédures qui se déroulent devant eux (*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 58). Ils possèdent ainsi le pouvoir inhérent de réprimer les abus à cet égard (*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 136) et d’empêcher que la procédure ne soit utilisée [TRADUCTION] « d’une manière qui serait manifestement injuste envers une partie au litige, ou qui aurait autrement pour effet de discréditer l’administration de la justice » : *Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 55, le juge Goudge, dissident, opinion approuvée par 2002 CSC 63, [2002] 3 R.C.S. 307. Il s’agit d’un pouvoir discrétionnaire qui doit certes s’exercer avec retenue (*Anderson*, par. 59), mais qui permet à un tribunal « d’assurer l’intégrité du système judiciaire » (*Morel c. Canada*, 2008 CAF 53, [2009] 1 R.C.F. 629, par. 35).

[17] It is settled law that this power is possessed both by courts with inherent jurisdiction and by statutory courts (*Anderson*, at para. 58). It is therefore not reserved to superior courts but, rather, has its basis in the common law: *Myers v. Elman*, [1940] A.C. 282 (H.L.), at p. 319; M. Code, “Counsel’s Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System” (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97, at p. 126.

[18] There is an established line of cases in which courts have recognized that the awarding of costs against lawyers personally flows from the right and duty of the courts to supervise the conduct of the lawyers who appear before them and to note, and sometimes penalize, any conduct of such a nature as to frustrate or interfere with the administration of justice: *Myers*, at p. 319; *Pacific Mobile Corporation v. Hunter Douglas Canada Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 842, at p. 845; *Cronier*, at p. 448; *Pearl v. Gentra Canada Investments Inc.*, [1998] R.L. 581 (Que. C.A.), at p. 587. As officers of the court, lawyers have a duty to respect the court’s authority. If they fail to act in a manner consistent with their status, the court may be required to deal with them by punishing their misconduct (M. Code, at p. 121).

[19] This power of the courts to award costs against a lawyer personally is not limited to civil proceedings, but can also be exercised in criminal cases (*Cronier*). This means that it may sometimes be exercised against defence lawyers in criminal proceedings, although such situations are rare: *R. v. Liberatore*, 2010 NSCA 26, 292 N.S.R. (2d) 69; *R. v. Smith* (1999), 133 Man. R. (2d) 89 (Q.B.), at para. 43; *Canada (Procureur général) v. Bisson*, [1995] R.J.Q. 2409 (Sup. Ct.); M. Code, at p. 122.

[20] The power to control abuse of process and the judicial process by awarding costs against a lawyer personally applies in parallel with the power of the courts to punish by way of convictions for contempt of court and that of law societies to sanction unethical conduct by their members. Punishment for contempt is thus based on the same power the courts have “to enforce their process and maintain

[17] Il est acquis que ce pouvoir appartient tant aux tribunaux jouissant d’une compétence inhérente qu’aux tribunaux d’origine législative (*Anderson*, par. 58). Il n’est donc pas réservé aux cours supérieures et tire plutôt son fondement de la common law : *Myers c. Elman*, [1940] A.C. 282 (H.L.), p. 319; M. Code, « Counsel’s Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. can. D.P.* 97, p. 126.

[18] Une jurisprudence bien établie reconnaît que la condamnation personnelle d’un avocat aux dépens découle du droit et du devoir des tribunaux de superviser la conduite des avocats présents devant eux et de signaler, et parfois de sanctionner, toute conduite de nature à mettre en échec l’administration de la justice ou y porter atteinte : *Myers*, p. 319; *Pacific Mobile Corporation c. Hunter Douglas Canada Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 842, p. 845; *Cronier*, p. 110; *Pearl c. Gentra Canada Investments Inc.*, [1998] R.L. 581 (C.A. Qc), p. 587. En tant qu’officiers de la cour, les avocats ont le devoir de respecter l’autorité des tribunaux. Le défaut des avocats d’agir en conformité avec leur statut peut obliger les tribunaux à sévir à leur endroit en sanctionnant leur inconduite (M. Code, p. 121).

[19] L’exercice par les tribunaux de ce pouvoir de condamner personnellement un avocat au paiement des dépens ne se limite pas aux instances civiles; il s’étend aussi aux instances criminelles (*Cronier*). Bien qu’une telle situation soit rare, ce pouvoir peut donc viser parfois les avocats de la défense en matière criminelle : *R. c. Liberatore*, 2010 NSCA 26, 292 N.S.R. (2d) 69; *R. c. Smith* (1999), 133 Man. R. (2d) 89 (B.R.), par. 43; *Canada (Procureur général) c. Bisson*, [1995] R.J.Q. 2409 (C.S.); M. Code, p. 122.

[20] Ce pouvoir de contrôler les abus de procédure et le processus judiciaire en condamnant personnellement un avocat au paiement des dépens s’exerce parallèlement à celui des tribunaux de sévir par une condamnation pour outrage au tribunal et à celui des barreaux de sanctionner l’inconduite de leurs membres sur le plan déontologique. Ainsi, la sanction de l’outrage repose sur ce même pouvoir qu’ont

their dignity and respect” (*United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 931). These sanctions are not mutually exclusive, however. If need be, they can even be imposed concurrently in relation to the same conduct.

[21] This being said, although the criteria for an award of costs against a lawyer personally are comparable to those that apply to contempt of court (*Cronier*, at p. 449), the consequences are by no means identical. Contempt of court is strictly a matter of law and can result in harsh sanctions, including imprisonment. In addition, the rules of evidence that apply in a contempt proceeding are more exacting than those that apply to an award of costs against a lawyer personally, as contempt of court must be proved beyond a reasonable doubt. Because of the special status of lawyers as officers of the court, a court may therefore opt in a given situation to award costs against a lawyer personally rather than citing him or her for contempt (I. H. Jacob, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Leg. Probl.* 23, at pp. 46-48).

[22] As for law societies, the role they play in this regard is different from, but sometimes complementary to, that of the courts. They have, of course, an important responsibility in overseeing and sanctioning lawyers’ conduct, which derives from their primary mission of protecting the public (s. 23 of the *Professional Code*, CQLR, c. C-26). However, the judicial powers of the courts and the disciplinary powers of law societies in this area can be distinguished, as this Court has explained as follows:

The court’s authority is preventative — to protect the administration of justice and ensure trial fairness. The disciplinary role of the law society is reactive. Both roles are necessary to ensure effective regulation of the profession and protect the process of the court. [Emphasis deleted.]

(*R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 35)

les tribunaux « de faire observer leur procédure et de maintenir leur dignité et le respect qui leur est dû » (*United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, p. 931). Ces sanctions ne sont par contre pas mutuellement exclusives. Elles peuvent même, à la rigueur, être appliquées concurremment pour une même conduite.

[21] Cela dit, même si les critères qui permettent une condamnation personnelle de l’avocat aux dépens se comparent à ceux applicables à l’égard de l’outrage au tribunal (*Cronier*, p. 111), les conséquences qui en découlent sont loin d’être identiques. L’outrage au tribunal est de droit strict et peut entraîner des sanctions sévères, dont l’emprisonnement. Les règles de preuve y afférentes sont du reste plus exigeantes que pour une condamnation personnelle de l’avocat aux dépens, l’outrage au tribunal devant être prouvé hors de tout doute raisonnable. Parce que les avocats ont le statut particulier d’officiers de la cour, un tribunal peut ainsi, dans une situation donnée, opter pour une condamnation personnelle aux dépens plutôt que pour une citation à comparaître pour outrage au tribunal (I. H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Leg. Probl.* 23, p. 46-48).

[22] Quant aux barreaux, ils jouent à ce chapitre un rôle différent, mais parfois complémentaire, de celui des tribunaux. Ils ont bien sûr une responsabilité importante dans la surveillance et la sanction des comportements des avocats, responsabilité qui découle de leur mission première de protection du public (art. 23 du *Code des professions*, RLRQ, c. C-26). Cependant, les pouvoirs judiciaires des tribunaux et disciplinaires des barreaux en la matière se distinguent, comme l’a expliqué notre Cour dans les termes suivants :

Le pouvoir judiciaire se veut préventif. Il vise à protéger l’administration de la justice et à assurer un procès équitable. Le rôle disciplinaire du barreau a un caractère réactif. Les deux sont nécessaires pour bien encadrer l’exercice de la profession d’avocat et protéger la procédure de la cour. [Italiques omis.]

(*R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 35)

[23] The courts therefore do not have to rely on law societies to oversee and sanction any conduct they may witness. It is up to the courts to determine whether, in a given case, to exercise the power they have to award costs against a lawyer personally in response to the lawyer's conduct before them. However, there is nothing to prevent the law society from exercising in parallel its power to assess its members' conduct and impose appropriate sanctions.

[24] In most cases, of course, the implications for a lawyer of being ordered personally to pay costs are less serious than those of the other two alternatives. A conviction for contempt of court or an entry in a lawyer's disciplinary record generally has more significant and more lasting consequences than a one-time order to pay costs. Moreover, as this appeal shows, an order to pay costs personally will normally involve relatively small amounts, given that the proceedings will inevitably be dismissed summarily on the basis that they are unfounded, frivolous, dilatory or vexatious.

## (2) Applicable Criteria

[25] While the courts do have the power to award costs against a lawyer personally, the threshold for exercising it is a high one. It is in fact rarely exercised, and the question whether it should be arises only infrequently: *Cronier; Young; R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at para. 85; *R. v. Trang*, 2002 ABQB 744, 323 A.R. 297, at para. 481; *Fearn v. Canada Customs*, 2014 ABQB 114, 586 A.R. 23, at para. 121; *Smith*, at para. 43. Only serious misconduct can justify such a sanction against a lawyer. Moreover, the courts must be cautious in imposing it in light of the duties owed by lawyers to their clients:

Moreover, courts must be extremely cautious in awarding costs personally against a lawyer, given the duties

[23] Aussi, les tribunaux n'ont pas à s'en remettre aux ordres professionnels pour encadrer et sanctionner les conduites dont ils peuvent être témoins. Il appartient aux tribunaux de déterminer s'ils doivent, dans un cas précis, recourir au pouvoir dont ils disposent de condamner personnellement un avocat aux dépens pour la conduite qu'il a eue devant eux. Néanmoins, rien n'empêche que s'exerce en parallèle le pouvoir de l'ordre professionnel d'évaluer la conduite de ses membres et de déterminer les sanctions appropriées.

[24] Dans la plupart des cas, il faut bien réaliser que la condamnation personnelle de l'avocat aux dépens comporte pour le professionnel des implications moins fâcheuses que les deux autres possibilités. Contrairement à une condamnation ponctuelle au paiement de dépens, une condamnation pour outrage au tribunal ou une inscription au dossier disciplinaire de l'avocat ont généralement des conséquences plus importantes et plus durables. En outre, ce pourvoi en témoigne, une condamnation personnelle aux dépens implique normalement des sommes relativement peu élevées, puisque les procédures seront forcément écartées sommairement en raison de leur nature mal fondée, frivole, dilatoire ou vexatoire.

## (2) Les critères applicables

[25] Si le pouvoir des tribunaux de condamner personnellement un avocat au paiement de dépens existe, son application est par contre circonscrite par des critères d'exercice élevés. Son exercice reste en effet exceptionnel et la décision d'y recourir ou non ne se présente que dans de rares cas : *Cronier; Young; R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 85; *R. c. Trang*, 2002 ABQB 744, 323 A.R. 297, par. 481; *Fearn c. Canada Customs*, 2014 ABQB 114, 586 A.R. 23, par. 121; *Smith*, par. 43. Seules les conduites graves justifient la condamnation d'un avocat à une telle sanction. Il importe d'ailleurs que les tribunaux demeurent prudents en la matière en raison des devoirs de l'avocat envers ses clients :

De plus, les tribunaux doivent faire montre de la plus grande prudence en condamnant personnellement un

upon a lawyer to guard confidentiality of instructions and to bring forward with courage even unpopular causes. A lawyer should not be placed in a situation where his or her fear of an adverse order of costs may conflict with these fundamental duties of his or her calling.

(*Young*, at p. 136)

[26] The type of conduct that can be sanctioned in this way was analyzed in depth in *Cronier*. L'Heureux-Dubé J.A. concluded after reviewing the case law that the courts are justified in exercising such a discretion in cases involving abuse of process, frivolous proceedings, misconduct or dishonesty, or actions taken for ulterior motives, where the effect is to seriously undermine the authority of the courts or to seriously interfere with the administration of justice. She noted, however, that this power must not be exercised in an arbitrary and unlimited manner, but rather with restraint and caution. The motion judge in the case at bar properly relied on *Cronier*, and the Court of Appeal also endorsed the principles stated in it.

[27] Several courts across the country have adopted the requirement of conduct that represents a marked and unacceptable departure from the standard of reasonable conduct expected of a player in the judicial system: *Bisson; R. v. Ciarniello* (2006), 81 O.R. (3d) 561 (C.A.), at para. 31; *Leyshon-Hughes v. Ontario Review Board*, 2009 ONCA 16, 240 C.C.C. (3d) 181, at para. 62; *Fearn*, at para. 119; *Smith*, at para. 58. Also, as the House of Lords stated in a case that has been cited by Canadian courts, including in *Cronier*, a mere mistake or error of judgment will not be sufficient to justify awarding costs against a lawyer personally; there must at the very least be gross neglect or inaccuracy (*Myers*, at p. 319).

[28] There are in this Court's jurisprudence examples of conduct that has led to awards of costs being made against lawyers personally. In *Young*, the Court held that such a sanction is justified if "repetitive and irrelevant material, and excessive motions and applications, characterized" the conduct in question and if this was the result of a lawyer's acting

avocat aux dépens, vu l'obligation qui lui incombe de préserver la confidentialité de son mandat et de défendre avec courage même des causes impopulaires. Un avocat ne devrait pas être placé dans une situation où la peur d'être condamné aux dépens pourrait l'empêcher de remplir les devoirs fondamentaux de sa charge.

(*Young*, p. 136)

[26] Le type de conduites susceptibles d'entraîner une telle sanction a fait l'objet d'une analyse approfondie dans *Cronier*. Sur la foi de sa revue de la jurisprudence, la juge L'Heureux-Dubé conclut que les tribunaux sont justifiés d'exercer un tel pouvoir discrétionnaire en présence d'abus de procédures, de procédures frivoles, d'inconduites ou de malhonnêtetés, ou encore de mesures prises pour des motifs obliques, et ce, lorsqu'il en résulte une atteinte sérieuse à l'autorité des tribunaux ou une entrave grave à l'administration de la justice. Elle note que ce pouvoir ne doit pas, par contre, être exercé arbitrairement et de façon illimitée, mais plutôt avec retenue et circonspection. En l'espèce, le premier juge s'est appuyé avec raison sur cet arrêt. La Cour d'appel en a aussi retenu les enseignements.

[27] Plusieurs tribunaux à travers le pays ont par ailleurs retenu la nécessité d'une conduite dérogeant d'une manière marquée et inacceptable à la norme de conduite raisonnable et attendue d'un acteur du système judiciaire : *Bisson; R. c. Ciarniello* (2006), 81 O.R. (3d) 561 (C.A.), par. 31; *Leyshon-Hughes c. Ontario Review Board*, 2009 ONCA 16, 240 C.C.C. (3d) 181, par. 62; *Fearn*, par. 119; *Smith*, par. 58. Dans un arrêt repris par des décisions canadiennes, dont *Cronier*, la Chambre des lords mentionne elle aussi qu'une simple erreur de jugement ne suffit pas mais qu'il faut à tout le moins une négligence grave ou une erreur grossière pour justifier la condamnation personnelle de l'avocat aux dépens (*Myers*, p. 319).

[28] Notre jurisprudence offre des exemples de conduites qui ont mené à une condamnation personnelle de l'avocat au paiement de dépens. Dans *Young*, notre Cour reconnaît qu'une conduite « marqué[e] par la production de documents répétitifs et non pertinents, de requêtes et de motions excessives », et qui est le fruit d'un avocat agissant « de mauvaise

“in bad faith in encouraging this abuse and delay” (pp. 135-36). In *Pacific Mobile*, the Court awarded costs against a company’s solicitors personally in a bankruptcy case. The solicitors had been granted a number of adjournments and had instituted proceedings that were inconsistent with directions given by the trial judge. On the issue of costs, Pigeon J. stressed that he did “not consider it fair to make the debtor’s creditors bear the cost of proceedings which were not instituted in their interest: quite the contrary”. He added that such an award of costs, “far from appropriately discouraging unnecessary appeals occasioning costly delays, tends on the contrary to favour them” (p. 844). In the circumstances, he determined that “the Court should [therefore] make use of its power to order costs payable by solicitors personally” (p. 845).

[29] In my opinion, therefore, an award of costs against a lawyer personally can be justified only on an exceptional basis where the lawyer’s acts have seriously undermined the authority of the courts or seriously interfered with the administration of justice. This high threshold is met where a court has before it an unfounded, frivolous, dilatory or vexatious proceeding that denotes a serious abuse of the judicial system by the lawyer, or dishonest or malicious misconduct on his or her part, that is deliberate. Thus, a lawyer may not knowingly use judicial resources for a purely dilatory purpose with the sole objective of obstructing the orderly conduct of the judicial process in a calculated manner.

[30] This being said, however, it should be noted that there are two important guideposts that apply to the exercise of this discretion in a situation like the one in this appeal.

[31] The first guidepost relates to the specific context of criminal proceedings, in which the courts must show a certain flexibility toward the actions of defence lawyers. In considering the circumstances, the courts must bear in mind that the context of criminal proceedings differs from that of civil proceedings. In criminal cases, the rule is that costs are

foi en encourageant ces abus et ces délais », justifie une telle sanction (p. 135-136). Dans *Pacific Mobile*, notre Cour condamne personnellement les procureurs d’une société au paiement des dépens dans une affaire de faillite. Ces avocats avaient obtenu plusieurs ajournements et entamé des procédures allant à l’encontre des directives données par le juge de première instance. Appelé à statuer sur les dépens, le juge Pigeon souligne qu’il ne lui « paraît pas juste de faire supporter par les créanciers de la débitrice les [dépens] de procédures qui ne sont pas formées dans leur intérêt mais plutôt à leur encontre », et qu’une telle adjudication des dépens, « loin de décourager comme il convient les appels futiles source de retards préjudiciables, tend au contraire à les favoriser » (p. 844). Dans les circonstances, il décide qu’il y a donc « lieu pour la Cour d’user de son pouvoir de mettre les dépens à la charge des procureurs personnellement » (p. 845).

[29] Il s’ensuit, à mon avis, qu’une condamnation personnelle de l’avocat aux dépens ne peut se justifier que de manière exceptionnelle, en présence d’une atteinte sérieuse à l’autorité des tribunaux ou d’une entrave grave à l’administration de la justice. Ce critère élevé est respecté lorsqu’un tribunal est en présence d’une procédure mal fondée, frivole, dilatoire ou vexatoire, qui dénote un abus grave du système judiciaire ou une inconduite malhonnête ou malveillante, commis de propos délibéré par l’avocat. Ainsi, un avocat ne peut sciemment utiliser les ressources judiciaires à une fin purement dilatoire, dans le seul but de faire obstruction de manière calculée au bon déroulement du processus judiciaire.

[30] Cela dit, il convient toutefois de rappeler que deux balises importantes encadrent l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire dans une situation analogue à celle du présent pourvoi.

[31] La première balise découle du contexte particulier des procédures en matière criminelle, lequel requiert une certaine souplesse de la part des tribunaux à l’égard des actions entreprises par les avocats de la défense. Dans l’analyse des circonstances, les tribunaux doivent en effet retenir que le contexte particulier des procédures criminelles diffère de celui

not awarded; no provision is made, for example, for awards of costs where extraordinary remedies are sought (*Cronier*, at p. 447). Awards of costs made against lawyers personally are therefore purely punitive and do not include the compensatory aspect costs have in civil cases.

[32] As well, the role of a defence lawyer is not comparable in every respect to that of a lawyer in a civil case. For example, the latter has an ethical duty to encourage compromise and agreement as much as possible. In contrast, a defence lawyer has no obligation to help the Crown in the conduct of its case. It is the very essence of the role of a defence lawyer to challenge, sometimes forcefully, the decisions and arguments of other players in the judicial system in light of the serious consequences they may have for the lawyer's client: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at paras. 64-66, citing *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74, at para. 71. Indeed, committed and zealous advocacy for clients' rights and interests and a strong and independent defence bar are essential in an adversarial system of justice: *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1, at para. 129; P. J. Monahan, "The Independence of the Bar as a Constitutional Principle in Canada", in Law Society of Upper Canada, ed., *In the Public Interest: The Report and Research Papers of the Law Society of Upper Canada's Task Force on the Rule of Law & the Independence of the Bar* (2007), 117. If these conditions are not met, the reliability of the process and the fairness of the trial will suffer: *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 25, quoting *R. v. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.), at p. 57. In short, if costs are awarded against a lawyer personally in criminal proceedings, the purpose must not be to discourage the lawyer from defending his or her client's rights and interests, and in particular the client's right to make full answer and defence. From this point of view, the considerations to be taken into account in assessing the conduct of defence lawyers can be different from those that apply in the case of lawyers in civil proceedings.

des procédures civiles. En matière criminelle, la règle est l'absence de dépens; par exemple, rien n'en prévoit l'octroi dans le cadre de l'exercice de recours extraordinaires (*Cronier*, p. 108). La condamnation personnelle de l'avocat au paiement des dépens a donc un caractère purement punitif et ne comprend pas la composante compensatrice qu'ont les dépens en matière civile.

[32] En outre, le rôle de l'avocat de la défense n'est pas comparable en tous points à celui de l'avocat en matière civile. Ce dernier a par exemple le devoir éthique de favoriser les compromis et les ententes dans la mesure du possible. À l'opposé, l'avocat de la défense n'a aucune obligation d'aider le ministère public dans la conduite de son dossier. Il est de l'essence même du rôle de l'avocat de la défense de remettre en cause, de manière parfois vigoureuse, les décisions et prétentions des autres acteurs du système judiciaire, vu les conséquences graves qu'elles peuvent avoir sur son client : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, par. 64-66, citant *Histed c. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74, par. 71. Une défense dévouée et passionnée des droits et des intérêts des clients ainsi qu'une section de la défense forte et indépendante au sein du barreau sont d'ailleurs essentiels dans un système de justice contradictoire : *Groia c. Law Society of Upper Canada*, 2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1, par. 129; P. J. Monahan, « L'indépendance du barreau en tant que principe constitutionnel au Canada », dans Barreau du Haut-Canada, dir., *Dans l'intérêt public : rapport et articles du groupe d'étude du barreau du Haut-Canada sur la règle de droit et l'indépendance du barreau* (2007), 127. Si ces conditions ne sont pas présentes, la fiabilité du processus et l'équité du procès en souffrent : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 25, citant *R. c. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.), p. 57. Bref, en matière criminelle, la condamnation personnelle aux dépens ne doit pas viser à décourager l'avocat dans la défense des droits et intérêts de son client, notamment son droit à une défense pleine et entière. De ce point de vue, l'évaluation de la conduite de l'avocat de la défense doit tenir compte de considérations parfois différentes de celles de l'avocat en matière civile.

[33] The second guidepost requires a court to confine itself to the facts of the case before it and to refrain from indirectly putting the lawyer's disciplinary record, or indeed his or her career, on trial. The facts that can be considered in awarding costs against a lawyer personally must generally be limited to those of the case before the court. In its analysis, the court must not conduct an ethics investigation or seek to assess the whole of the lawyer's practice. It is not a matter of punishing the lawyer "for his or her entire body of work". To consider facts external to the case before the court can be justified only for the limited purpose of determining, first, the intention behind the lawyer's actions and whether he or she was acting in bad faith, and, second, whether the lawyer knew, on bringing the impugned proceeding, that the courts do not approve of such proceedings and that this one was unfounded.

[34] In this regard, certain evidence that is external to the case before the court may sometimes be considered, because it is of high probative value and has a strong similarity to the alleged facts, in order to establish, for example, wilful intent and knowledge on the lawyer's part. However, it must be limited to the specific issue before the court, that is, the lawyer's conduct. It may not serve more broadly as proof of a general propensity or bad character (*R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at paras. 71-72 and 82).

### (3) Process to Be Followed

[35] This being said, a court obviously cannot award costs against a lawyer personally without following a certain process and observing certain procedural safeguards (Y.-M. Morissette, "L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant" (1984), 44 *R. du B.* 397, at p. 425). However, it is important that this process be flexible and that it enable the courts to adapt to the circumstances of each case.

[36] Thus, a lawyer upon whom such a sanction may be imposed should be given prior notice of

[33] Par ailleurs, la seconde balise exige que les tribunaux s'en tiennent aux faits propres à l'affaire dont ils sont saisis et qu'ils s'abstiennent de faire indirectement le procès du dossier disciplinaire de l'avocat, voire de sa carrière. Les faits qui peuvent être pris en compte dans la condamnation personnelle d'un avocat au paiement des dépens doivent généralement se limiter à ceux de l'affaire dont est saisi le juge. L'analyse menée par le tribunal ne doit pas se substituer à une enquête déontologique ni chercher à évaluer l'ensemble de la pratique de l'avocat visé. Il ne s'agit pas de sanctionner l'avocat « pour l'ensemble de son œuvre ». Recourir à des faits externes à l'instance concernée ne peut se justifier que dans l'objectif limité de déterminer, d'une part, l'intention et la mauvaise foi derrière les actions de l'avocat et, d'autre part, la connaissance par ce dernier, au moment où il a entrepris les procédures qu'on lui reproche, de la désapprobation de celles-ci par les tribunaux et de leur caractère mal fondé.

[34] Sous ce rapport, certains éléments étrangers à l'affaire devant le juge peuvent à l'occasion être pris en compte en raison de leur forte valeur probante et de leur grande similitude avec les faits reprochés, afin par exemple d'établir l'intention délibérée et la connaissance de l'avocat. Ils doivent par contre se rapporter uniquement à la question précise en jeu, à savoir la conduite de l'avocat. Ils ne peuvent viser, plus largement, à prouver une propension générale ou la mauvaise moralité (*R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 71-72 et 82).

### (3) Le processus à suivre

[35] Cela dit, il va de soi qu'un tribunal ne peut condamner personnellement un avocat aux dépens sans respecter un certain processus et certaines garanties procédurales (Y.-M. Morissette, « L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant » (1984), 44 *R. du B.* 397, p. 425). Il importe toutefois que ce processus demeure flexible et permette au tribunal de s'adapter aux circonstances de chaque affaire.

[36] Ainsi, l'avocat passible d'une telle sanction devrait recevoir un avis préalable l'informant des



the allegations against him or her and the possible consequences. The notice should contain sufficient information about the alleged facts and the nature of the evidence in support of those facts. The notice should be sent far enough in advance to enable the lawyer to prepare adequately. The lawyer should, of course, have an opportunity to make separate submissions on costs and to adduce any relevant evidence in this regard. Ideally, the issue of awarding costs against the lawyer personally should be argued only after the proceeding has been resolved on its merits.

[37] However, these protections differ from the ones conferred by ss. 7 and 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Where an award of costs is sought against a lawyer personally, the lawyer is not a “person charged with an offence” and the proceeding is not a criminal one *per se*. Although the applicable criteria are strict, the standard of proof is the balance of probabilities.

[38] In closing, I note that the Crown’s role on this specific issue must be limited in criminal proceedings. In such a situation, it is of course up to the parties as well as the court to raise a problem posed by a lawyer’s conduct. However, the Crown’s role is to objectively present the evidence and the relevant arguments on this point. It is the court that is responsible for determining whether a sanction should be imposed, and that has the power to impose one, in its role as guardian of the integrity of the administration of justice. The Crown must confine itself to its role as prosecutor of the accused. It must not also become the prosecutor of the defence lawyer.

#### B. *Application to the Facts of the Instant Case*

##### (1) Judgment of the Superior Court

[39] In light of the foregoing, I am of the view that the motion judge properly exercised his discretion in awarding costs against the respondent personally.

allégations formulées à son endroit et des conséquences qui pourraient en découler. Cet avis devrait contenir des informations suffisantes sur les faits reprochés et sur la teneur de la preuve à leur appui. L’avis devrait être transmis suffisamment à l’avance pour permettre à l’avocat de se préparer adéquatement. Ce dernier devrait bien sûr avoir l’occasion de présenter des observations distinctes au sujet des dépens, et, le cas échéant, des éléments de preuve pertinents à cet égard. Idéalement, le débat relatif à la condamnation personnelle de l’avocat aux dépens ne devrait avoir lieu qu’une fois la procédure visée tranchée sur le fond.

[37] Ces protections se distinguent cependant de celles conférées par la *Charte canadienne des droits et libertés* à ses art. 7 et 11. En ce qui touche la condamnation personnelle aux dépens recherchée contre lui, l’avocat n’est pas un « inculpé » et il ne s’agit pas d’une matière criminelle comme telle. Quoique les critères applicables soient exigeants, la norme de preuve qui s’impose reste la preuve prépondérante.

[38] En terminant, je note que dans les instances criminelles, le rôle du ministère public sur cette question précise doit demeurer limité. Certes, dans une telle situation, il appartient autant aux parties qu’au tribunal de soulever le problème que pose la conduite d’un avocat. Toutefois, le rôle du ministère public est de présenter objectivement la preuve et les arguments pertinents sur ce point. L’opportunité et le pouvoir d’imposer une sanction appartiennent au tribunal en vertu de son rôle de gardien de l’intégrité de l’administration de la justice. Le ministère public doit se confiner à son rôle de poursuivant de l’accusé. Il ne doit pas devenir en plus le poursuivant de l’avocat de la défense.

#### B. *L’application aux faits de l’espèce*

##### (1) Le jugement de la Cour supérieure

[39] À la lumière de ce qui précède, je considère que le juge de première instance a bien exercé la discrétion qui est la sienne en condamnant personnellement l’intimé au paiement des dépens.

[40] The motion judge first correctly identified the standard of conduct on which such an award is based and correctly summed up the law in requiring that there be a [TRANSLATION] “frivolous proceeding that denotes a serious abuse of the judicial system” and a “deliberate strategy” (para. 117).

[41] Next, he properly analyzed the facts to find that the respondent’s acts constituted abusive conduct that was designed to indirectly obtain a postponement and had led to [TRANSLATION] “paralysis of the legitimate work of the Court of Québec” and “disruption of its local judges’ case management work” (para. 119). He correctly distinguished an “unintended result” from a “deliberate strategy” (para. 117). The judge cannot be faulted for choosing to exercise his discretion in respect of a defence lawyer here.

[42] As the judge noted, the respondent’s conduct in the cases in question was particularly reprehensible. Its purpose was unrelated to the motions he brought. The respondent was motivated by a desire to have the hearing postponed rather than by a sincere belief that the judges targeted by his motions were hostile. His subsequent conduct was consistent with this finding. It is quite odd, if not unprecedented, for a lawyer to file, on the same day and in the same cases, two series of motions for writs of prohibition against two different judges on the same ground of bias. The respondent thus used the extraordinary remedies for a purely dilatory purpose with the sole objective of obstructing the orderly conduct of the judicial process in a calculated manner. It was therefore reasonable for the judge to conclude that the respondent had acted in bad faith and in a way that amounted to abuse of process, thereby seriously interfering with the administration of justice.

[43] Finally, the procedural safeguards were observed in this case. The Crown sent the respondent two prior notices of its intention to seek an award of costs against him personally. The respondent had more than three months to prepare. The prosecution’s role was limited to notifying the respondent of its intention to seek an award of costs against him personally and presenting the relevant evidence to the

[40] Le premier juge a d’abord correctement identifié la norme de conduite donnant ouverture à une telle condamnation et bien résumé le droit en exigeant la présence d’une « procédure frivole qui dénote un abus grave du système judiciaire » et d’une « stratégie de propos délibéré » (par. 117).

[41] Il a ensuite bien analysé les faits en reconnaissant dans les actes de l’intimé une conduite abusive visant à obtenir de manière détournée une remise, ayant entraîné « la paralysie des travaux légitimes de la Cour du Québec » ainsi que « la perturbation du travail de gestion de ses juges locaux » (par. 119). Il a bien su distinguer l’« accident de parcours » de la « stratégie de propos délibéré » (par. 117). On ne peut reprocher au juge d’avoir choisi d’user ici de ce pouvoir discrétionnaire envers un avocat de la défense.

[42] En effet, comme le souligne le juge, la conduite de l’intimé dans ces dossiers était particulièrement répréhensible. Elle visait un but étranger aux requêtes entreprises. L’intimé était animé par une volonté d’obtenir une remise de l’audience plutôt que par une croyance sincère dans l’inimitié des juges qui étaient la cible de ses requêtes. Son comportement subséquent est compatible avec cette conclusion. Il est assez incongru, sinon inédit, de voir un avocat déposer le même jour, dans les mêmes dossiers, deux séries de requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition, alléguant un même motif de partialité, à l’encontre de deux juges différents. L’intimé a ainsi utilisé les recours extraordinaires à une fin purement dilatoire dans le seul but d’entraver de manière calculée le bon déroulement du processus judiciaire. Devant cela, le juge pouvait raisonnablement conclure que l’intimé a fait preuve de mauvaise foi et a abusé des procédures, portant ainsi sérieusement atteinte à l’administration de la justice.

[43] Finalement, les garanties procédurales ont été respectées en l’espèce. Le ministère public a fait parvenir à l’intimé deux avis préalables de son intention de demander sa condamnation personnelle aux dépens. Ce dernier a pu bénéficier de plus de trois mois de préparation. Le rôle du poursuivant s’est limité à aviser l’intimé de son intention de demander sa condamnation personnelle aux dépens et

judge. The respondent had an opportunity to make submissions to the judge in this regard. Moreover, he raised no objection to the process or to the evidence adduced on the issue of costs. Nor did he insist on being represented by counsel or ask that the issue of costs be dealt with separately from the merits of the motions.

[44] That being the case, I do not accept the respondent's criticisms to the effect that the judge improperly relied on inadmissible similar fact evidence. On the contrary, I note that the judge's findings were based on admissible evidence that supported his analysis on the respondent's intention and knowledge:

[TRANSLATION] His preparation, at lunchtime on April 23, 2013, of a series of motions for writs of prohibition in a legal situation that did not call for such a proceeding, and the continued presentation of those proceedings, were two calculated acts that did not result from ignorance of the law on the part of Mr. Jodoin, an able tactician who defends his clients forcefully when he is before the Court. [Emphasis added; para. 118.]

[45] For this purpose, the judge focused primarily on evidence specific to the cases before him. He discussed the specific circumstances that led to the preparation of the motions for writs of prohibition. He reviewed in detail the transcript of the hearing that had culminated in the postponement being granted by the Court of Québec judge. And he considered the respondent's conduct in the broader context of the motions for which he was ordered to pay costs personally.

[46] It is true that the judge took note of certain facts from other cases in which the respondent had been involved, as the Crown had invited him to do with no objection from the respondent. However, the judge considered those facts to be [TRANSLATION] "relevant to the determination of whether [the respondent's] motions are frivolous and dilatory and whether an award of costs must be made against him personally, and in what amount" (para. 109). He found that this evidence was relevant to his analysis on whether the respondent had had culpable intent to

à présenter la preuve pertinente au juge. L'intimé a eu l'occasion de présenter des observations sur ce sujet devant le juge. Il n'a d'ailleurs soulevé aucune objection quant au processus ou quant à la preuve offerte sur la question des dépens. Il n'a pas davantage exigé d'être représenté par avocat, ni demandé que le sujet des dépens soit traité séparément du fond des requêtes.

[44] Cela étant, je ne retiens pas les critiques que soulève l'intimé sur le recours prétendument inopportun du juge à une preuve inadmissible de faits similaires. Je note au contraire que les conclusions du juge se basent sur des faits admissibles, qui appuient son analyse de l'intention et de la connaissance de l'intimé :

Sa préparation, sur l'heure du dîner du 23 avril 2013, d'une série de requêtes en émission d'un bref de prohibition, dans une situation juridique qui ne commandait nullement une telle procédure, tout autant que le maintien de la présentation de ces procédures, constituent deux gestes réfléchis et ne résultent pas de l'ignorance des règles de droit par M<sup>e</sup> Jodoin, un habile stratège qui défend ses clients avec vigueur, quand il est présent à la Cour. [Je souligne; par. 118.]

[45] À cette fin, le juge s'est principalement concentré sur les éléments propres aux affaires dont il était saisi. Il s'est attardé au contexte même qui a mené à la préparation des requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition. Il a revu en détails la transcription de l'audience qui a culminé dans la remise octroyée par le juge de la Cour du Québec. Il a examiné le comportement de l'intimé dans le cadre plus global des requêtes qui ont fait l'objet de la condamnation personnelle de celui-ci aux dépens.

[46] Il est vrai que le juge a fait état de certains faits qui se sont produits dans des dossiers distincts dans lesquels avait agi l'intimé, comme l'avait invité à le faire le ministère public sans objection de ce dernier. Le juge a toutefois considéré ces faits « pertinent[s] pour décider si les requêtes de [l'intimé] sont frivoles et dilatoires et s'il doit être condamné personnellement aux dépens et pour quel montant » (par. 109). Il a estimé cette preuve pertinente pour son analyse de l'intention coupable de l'intimé de déposer et de présenter une procédure qu'il savait

file and present a proceeding that he knew to be frivolous and abusive. The judge referred to it in determining, among other things, that the impugned conduct was a deliberate strategy on the respondent's part and not an unintended result.

[47] In this regard, the judge was justified in referring to motions for writs of prohibition that had been filed in 2011 against one of the two Court of Québec judges concerned in the 2013 motions. The motions from 2011 were all dismissed in a judgment that was subsequently affirmed by the Court of Appeal (*R. v. Carrier*, 2012 QCCA 594). In that case, the respondent had sought writs of prohibition in relation to a refusal by the judge in question to allow the withdrawal of a motion for the disclosure of evidence. In its judgment, the Court of Appeal mentioned that a court can review a party's decision to withdraw a proceeding, especially where the goal is to obtain a postponement. It concluded that the alleged apprehension of bias on the judge's part was without merit, because [TRANSLATION] "although the judge was overly interventionist, the fact remains that there is no reason to doubt his impartiality" (para. 4 (CanLII)).

[48] As the motion judge observed, there is a strong similarity between those motions from 2011 and the 2013 motions in terms of the facts, the decisions being challenged, the procedures that were chosen and the nature of the exchanges between the respondent and the judge in question. This could support findings that the respondent's actions were calculated and intentional and that he had knowledge of the applicable legal rules and had deliberately ignored them. It could be concluded from this relevant evidence that the respondent was well aware of the invalidity of the extraordinary remedy he had chosen to seek and of the foreseeable consequences of his actions, the *modus operandi* of which was similar to that of 2011. This was not improper evidence of a general propensity or bad character, but admissible evidence of the respondent's state of mind when he filed the proceedings.

[49] As regards the respondent's argument that the judge wanted to make an example of his case in the district in question, I am of the view that there is not really any support for it. That is certainly not what

frivole et abusive. Il s'y est référé pour déterminer notamment que la conduite reprochée se voulait une stratégie délibérée de l'intimé, et non un simple accident de parcours.

[47] À ce chapitre, le juge était justifié de mentionner les requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition déposées en 2011 contre l'un des deux juges de la Cour du Québec visés par les requêtes déposées en 2013. Les requêtes de 2011 furent toutes rejetées par un jugement confirmé en appel (*R. c. Carrier*, 2012 QCCA 594). L'intimé avait alors procédé au moyen de brefs de prohibition, sur la base du refus du juge visé d'accepter le désistement d'une requête en communication de la preuve. Dans son arrêt, la Cour d'appel mentionne qu'un tribunal peut contrôler la décision d'une partie de retirer une procédure, notamment lorsque c'est l'obtention d'une remise qui est recherchée. Elle conclut que l'allégation de crainte de partialité du juge était non fondée puisque, « si la conduite du juge a été trop dirigiste, il demeure que rien ne laisse craindre quant à son impartialité » (par. 4 (CanLII)).

[48] Comme l'a constaté le juge de première instance, une grande similitude existait entre ces requêtes de 2011 et celles de 2013 quant aux faits, quant aux décisions contestées, quant aux procédures choisies et quant à la teneur des échanges entre l'intimé et le juge visé. Le caractère réfléchi et intentionnel des gestes, ainsi que la connaissance des règles de droit applicables dont l'intimé a sciemment fait fi, pouvaient y prendre appui. Cette preuve pertinente permettait de conclure que l'intimé était bien au fait du caractère mal fondé du recours extraordinaire choisi et des conséquences prévisibles de ses gestes qui suivaient le même *modus operandi* qu'en 2011. Il ne s'agissait pas là d'une preuve inappropriée de propension générale ou de mauvaise moralité, mais bien d'une preuve admissible de l'état d'esprit de l'intimé au moment où il a déposé les procédures.

[49] Quant à la thèse de l'intimé selon laquelle le juge visait à faire de lui un cas exemplaire dans le district concerné, je suis d'avis qu'elle rime en définitive à peu de choses. Ce n'est certes pas ce que le

the judge said at para. 11 of his reasons. Moreover, it is clear from his reasons as a whole that he did not rely either on that factor or on the specific context of the district to support his conclusions. As can be seen from his analysis, he objectively had enough evidence to justify awarding costs against the respondent personally on the basis of the specific facts of the case before him.

(2) Judgment of the Court of Appeal

[50] In this context, the Court of Appeal was in my view wrong to choose to substitute its own opinion for that of the Superior Court on this issue. In fact, the Court of Appeal reassessed the facts before concluding that the situation before the Superior Court did not have the exceptional character required in the case law. And it did so despite having acknowledged that the motion judge had, after thoroughly analyzing the facts, been right to dismiss the motions for writs of prohibition he had found to be frivolous, unfounded and abusive.

[51] It was not open to the Court of Appeal to intervene without first identifying an error of law, a palpable and overriding error in the motion judge's analysis of the facts, or an unreasonable or clearly wrong exercise of his discretion. It did not identify such an error. This Court, too, is subject to this standard for intervention (*St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, at para. 46). Furthermore, given its position at the second level of appeal, this Court's role is not to reassess the findings of fact of a judge at the trial level that an appellate court has not questioned: “. . . the principle of non-intervention ‘is all the stronger in the face of concurrent findings of both courts below’ . . .” (*ibid.*, at para. 45, quoting *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, at p. 574 (emphasis deleted)).

[52] It is well established that costs are awarded on a discretionary basis: *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at

juge affirme au par. 11 de ses motifs. La lecture de l'ensemble de ces motifs montre d'ailleurs bien que ce n'est ni cet élément ni le contexte particulier de ce district qu'il a retenu pour étayer ses conclusions. Comme son analyse en témoigne, il disposait objectivement de suffisamment d'éléments pour justifier la condamnation personnelle de l'intimé aux dépens eu égard aux faits particuliers de l'affaire devant lui.

(2) L'arrêt de la Cour d'appel

[50] Dans ce contexte, la Cour d'appel a selon moi erronément choisi de substituer son opinion à celle de la Cour supérieure sur cette question. La Cour d'appel a en réalité procédé à une nouvelle évaluation des faits, avant de conclure que, à ses yeux, la situation qui prévalait devant la Cour supérieure ne révélait pas le caractère exceptionnel requis par la jurisprudence. Elle l'a fait après avoir pourtant convenu qu'à la suite de son analyse fouillée des faits, le premier juge avait eu raison de rejeter les requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition qu'il estimait frivoles, mal fondées et abusives.

[51] La Cour d'appel ne pouvait intervenir sans d'abord identifier soit une erreur de droit, soit une erreur manifeste et déterminante dans l'analyse des faits par le premier juge, soit un exercice déraisonnable ou manifestement erroné par celui-ci de sa discrétion. Elle ne l'a pas fait. Notre Cour est elle aussi assujettie à cette norme d'intervention (*St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 46). En outre, comme deuxième palier d'appel, son rôle n'est pas de réévaluer les constats de faits des juges d'instance que les cours d'appel n'ont pas remis en question : « . . . le principe de non-intervention “a d'autant plus de force en présence de conclusions concourantes des deux cours d'instance inférieure” . . . » (*ibid.*, par. 45, citant *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, p. 574-575 (soulignement omis)).

[52] Il est acquis que l'octroi des dépens reste une décision discrétionnaire : *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S.

para. 27; *Galganov v. Russell (Township)*, 2012 ONCA 410, 294 O.A.C. 13, at paras. 23-25. In a case involving an exercise of discretion, an appellate court must show great deference and must be cautious in intervening, doing so only where it is established that the discretion was exercised in an abusive, unreasonable or non-judicial manner: *Trackcom Systems International Inc. v. Trackcom Systems Inc.*, 2014 QCCA 1136, at para. 36 (CanLII); *Québec (Procureur général) v. Bélanger*, 2012 QCCA 1669, 4 M.P.L.R. (5th) 21. In its brief judgment, the Court of Appeal did not specify an error of any kind whatsoever in the motion judge's reasons that would justify its intervention.

[53] As for the comment that the Superior Court should not have exercised its jurisdiction in relation to facts or conduct that had occurred in a court that itself had the power to punish the respondent for contempt of court, I believe that it reflects a misunderstanding of the situation. Costs are in order in this case because of the frivolous and abusive nature of the motions for writs of prohibition that were heard and dismissed by the Superior Court. It was the Superior Court that had the discretion to determine whether the costs of those motions should be awarded against the respondent.

## VI. Conclusion

[54] In the final analysis, the Superior Court judge addressed the valid concerns voiced by the Crown, which he summarized as follows:

[TRANSLATION] Take a more rigorous approach to the criminal law, fight tooth and nail for your clients, be demanding of the prosecution so that it makes its entire case competently, but face the music so that, in an overburdened judicial system in which each person's time must be used sparingly and efficiently, cases move forward. [Emphasis deleted; para. 11.]

[55] The judge sent a clear message to the players in the judicial system, in terms that were once again unequivocal, by denouncing actions and decisions that had led to an unjustified paralysis of the legitimate work of courts sitting in criminal proceedings

303, par. 27; *Galganov c. Russell (Township)*, 2012 ONCA 410, 294 O.A.C. 13, par. 23-25. Dans une affaire portant sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, les cours d'appel doivent faire preuve d'un haut degré de déférence et n'intervenir qu'avec circonspection, lorsqu'il est établi que le pouvoir a été exercé de manière abusive, déraisonnable ou non judiciaire : *Trackcom Systems International Inc. c. Trackcom Systems Inc.*, 2014 QCCA 1136, par. 36 (CanLII); *Québec (Procureur général) c. Bélanger*, 2012 QCCA 1669, 4 M.P.L.R. (5th) 21. Dans son court arrêt, la Cour d'appel n'expose aucune erreur de quelque nature que ce soit dans les motifs du premier juge pour justifier son intervention.

[53] Quant au commentaire voulant que la Cour supérieure n'aurait pas dû exercer sa compétence à l'égard de faits ou de comportements survenus devant une juridiction qui jouissait elle-même du pouvoir de condamner l'intimé pour outrage au tribunal, je considère que cette affirmation témoigne d'une compréhension erronée de la situation. Les dépens s'imposent en l'espèce au regard du caractère frivole et abusif des requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition que la Cour supérieure a entendues et rejetées. C'est à elle qu'appartenait la discrétion de décider de l'opportunité de condamner ou non l'intimé au paiement des dépens qui s'y rattachent.

## VI. Conclusion

[54] En définitive, le juge de la Cour supérieure a répondu aux préoccupations valables exprimées par le ministère public, qu'il a résumées en ces termes :

Abordez le droit criminel avec plus de rigueur, défendez vos clients bec et ongles, soyez exigeant envers la poursuite pour qu'elle fasse toute sa preuve avec compétence, mais faites face à la musique pour que, dans un système judiciaire surchargé où le temps de tous et chacun doit être utilisé avec économie et efficacité, les dossiers avancent. [Soulignement omis; par. 11.]

[55] Le juge a envoyé un message clair aux acteurs du système judiciaire, en des termes une fois de plus non équivoques, en dénonçant les gestes et décisions qui entraînent la paralysie injustifiée des travaux légitimes des tribunaux siégeant en matière

and to the disruption of the management of cases by their judges, and by sanctioning an abuse of process whose sole purpose had been to obtain a postponement and delay cases.

[56] The judge's comments were consistent with the principles recently enunciated by this Court in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, in which the majority denounced, among other things, the culture of complacency toward delay that impairs the efficiency of the criminal justice system. In *Jordan*, the Court emphasized the importance of timely justice and noted that all participants in the criminal justice system must co-operate in achieving reasonably prompt justice. From this perspective, it is essential to allow the courts to play their role as guardians of the integrity of the administration of justice by controlling proceedings and eliminating unnecessary delay. That is what the Superior Court did here.

[57] I would therefore allow the appeal and restore the award of costs against the respondent.

The following are the reasons delivered by

[58] ABELLA AND CÔTÉ JJ. (dissenting) — We agree that superior courts have, in theory, the power to award costs personally against counsel in the criminal context in exceptional circumstances. Justice Gascon, drawing on caselaw from both the civil and criminal context, has set out an excellent summary of the relevant principles. In our respectful view, however, the test was not met in this case. As noted by the Quebec Court of Appeal:

[TRANSLATION] The situation in the Quebec Superior Court . . . , as regards the conduct of the appellant . . . , *does not have the exceptional and rare quality of an act that seriously undermines the authority of that court or that seriously interferes with the administration of justice.* [Emphasis added; footnote omitted.]

(2015 QCCA 847, at para. 11 (CanLII))

criminelle et la perturbation du travail de gestion de leurs juges, et en sanctionnant un abus de procédure fait uniquement pour obtenir une remise et retarder les dossiers.

[56] Les propos du juge s'accordent avec les enseignements récents de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, où la majorité dénonce notamment la culture de complaisance vis-à-vis des délais qui nuit à l'efficacité du système de justice criminelle. Dans *Jordan*, la Cour insiste sur l'importance de rendre justice en temps utile et rappelle que tous les participants au système de justice criminelle doivent collaborer pour que l'administration de la justice soit raisonnablement prompte. Dans cette perspective, il est essentiel de permettre aux tribunaux de jouer leur rôle de gardien de l'intégrité de l'administration de la justice en contrôlant les procédures et en éradiquant les délais inutiles. C'est ce que la Cour supérieure a fait ici.

[57] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la condamnation de l'intimé aux dépens.

Version française des motifs rendus par

[58] LES JUGES ABELLA ET CÔTÉ (dissidentes) — Nous sommes d'accord pour dire que les cours supérieures possèdent, en théorie, le pouvoir de condamner personnellement un avocat aux dépens dans des circonstances exceptionnelles lors de procédures criminelles. Se fondant sur la jurisprudence à cet égard, tant en matière civile qu'en matière criminelle, le juge Gascon a dressé un excellent résumé des principes pertinents. À notre avis cependant, les critères applicables ne sont pas réunis en l'espèce. Comme l'a indiqué la Cour d'appel du Québec :

La situation qui a prévalu devant la Cour supérieure [. . .], en regard du comportement de l'appelant [. . .], *ne révèle pas le caractère exceptionnel et rare que sont une atteinte sérieuse à l'autorité de ce tribunal ou une atteinte grave à l'administration de la justice.* [Italiques ajoutés; note en bas de page omise.]

(2015 QCCA 847, par. 11 (CanLII))

[59] The exceptional nature of personal costs orders was emphasized by this Court in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3:

... courts must be extremely cautious in awarding costs personally against a lawyer, given the duties upon a lawyer to guard confidentiality of instructions and to bring forward with courage even unpopular causes. A lawyer should not be placed in a situation where his or her fear of an adverse order of costs may conflict with these fundamental duties of his or her calling. [p. 136]

[60] These concerns are magnified in the criminal context. In *R. v. Gunn*, 2003 ABQB 314, 335 A.R. 137, the Court of Queen’s Bench of Alberta highlighted the chilling effect that personal costs orders could have on criminal defence counsel, where Langston J. observed:

... to sanction defence counsel in the course of their duties of protecting the criminally accused could have a chilling effect on counsel’s ability to properly and zealously defend their client against all the powers that a state has to wield against them. [para. 50]

[61] The more appropriate response, if any, is to seek a remedy from the law society in question. As Michael Code observed, disciplinary processes present advantages over awards of costs:

A useful intermediate remedy, when repeated injunctions and reprimands have failed to put an end to counsel’s “incivility,” is for the trial judge to report the offending counsel to the Law Society. This is the remedy that was adopted by the B.C. Court of Appeal in *R. v. Dunbar et al.* and it was only exercised at the end of the hearing, when the Court delivered its Judgment. *The great value of this remedy, before resorting to more punitive sanctions such as costs orders and contempt citations, is that it does not disrupt the trial and it does not cause prejudice to the client of the offending counsel.* When the misconduct escalates to the point that costs and contempt remedies are under consideration, the

[59] Dans l’arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, notre Cour a insisté sur la nature exceptionnelle des ordonnances condamnant personnellement un avocat aux dépens :

... les tribunaux doivent faire montre de la plus grande prudence en condamnant personnellement un avocat aux dépens, vu l’obligation qui lui incombe de préserver la confidentialité de son mandat et de défendre avec courage même des causes impopulaires. Un avocat ne devrait pas être placé dans une situation où la peur d’être condamné aux dépens pourrait l’empêcher de remplir les devoirs fondamentaux de sa charge. [p. 136]

[60] L’importance de ces considérations est amplifiée dans le contexte de procédures criminelles. Dans *R. c. Gunn*, 2003 ABQB 314, 335 A.R. 137, la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta soulignait l’effet paralysant que sont susceptibles d’avoir sur les avocats de la défense au criminel des condamnations personnelles aux dépens, le juge Langston faisant observer ce qui suit à cet égard :

[TRADUCTION] ... le fait de sanctionner des avocats de la défense pendant qu’ils s’acquittent de leur devoir — à savoir la protection des intérêts des personnes visée par des accusations criminelles — pourrait avoir un effet paralysant sur leur capacité à défendre adéquatement et avec zèle leurs clients contre tous les pouvoirs que l’État est à même d’exercer contre eux-ci. [par. 50]

[61] La mesure la plus appropriée, le cas échéant, est de solliciter l’intervention du barreau concerné. Comme l’explique Michael Code, le recours au processus disciplinaire présente des avantages par rapport à une condamnation aux dépens :

[TRADUCTION] Lorsque des injonctions et réprimandes répétées ne parviennent pas à mettre fin à l’« incivilité » d’un avocat, une solution intermédiaire utile dont dispose le juge du procès consiste à signaler l’avocat fautif au barreau concerné. C’est la solution qu’a adoptée la Cour d’appel de la C.-B. dans *R. c. Dunbar et autres*, et qu’elle n’a mise à exécution qu’à la toute fin de l’audience, au moment où elle a rendu jugement. *L’avantage considérable que présente l’utilisation de cette mesure, préalablement au recours à des sanctions plus punitives comme la condamnation aux dépens et la citation à comparaître pour répondre à une accusation d’outrage au tribunal, est que cette mesure ne perturbe*



lawyer is entitled to a hearing and the trial will inevitably be disrupted. By simply reporting the lawyer's misconduct to the Law Society, the court is able to escalate the available remedies without the need to conduct its own hearing into the alleged "incivility." Furthermore, the client may not be complicit in the lawyer's "incivility" and should not bear the cost or the prejudice of a hearing to consider sanctions against the lawyer. [Footnote omitted; emphasis added.]

(Michael Code, "Counsel's Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System" (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97, at p. 119)

[62] This forms the policy basis for why the threshold is so high before ordering costs against criminal defence counsel. Only in the most exceptional of circumstances should they be ordered. Given the policy concerns and the exceptional nature of costs orders against defence counsel, it is worth emphasizing that the Crown should be very hesitant about pursuing them.

[63] We do not challenge the motion judge's finding that the writs of prohibition were requested for the purpose of postponing the proceedings and that the motions seeking the writs may not have had a solid legal foundation. Like the Court of Appeal, however, we are of the view that Mr. Jodoin's behaviour did not warrant the exceptional remedy of a personal costs order.

[64] It appears that Mr. Jodoin's conduct in this case was not unique in the district of Bedford, as reflected in the motion judge's comment that: [TRANSLATION] "In seeking a personal costs order against

*pas le déroulement du procès et ne cause aucun préjudice au client de l'avocat fautif.* Lorsque la conduite répréhensible s'aggrave au point où le tribunal envisage la condamnation aux dépens et l'outrage au tribunal, l'avocat a droit à une audience, ce qui perturbera inévitablement le procès. En signalant simplement au barreau la conduite répréhensible de l'avocat, le tribunal est ainsi en mesure de graduer l'intensité des procédures possibles sans devoir tenir sa propre audience sur l'« incivilité » reprochée. De plus, il est possible que le client de l'avocat ne soit pas complice de l'« incivilité » de ce dernier, et il ne devrait pas avoir à assumer les coûts ou inconvénients d'une audience visant l'examen de sanctions susceptibles d'être infligées à ce dernier. [Note en bas de page omise; italiques ajoutés.]

(Michael Code, « Counsel's Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. can. D.P.* 97, p. 119)

[62] Ces considérations constituent la justification pour laquelle le critère à respecter pour qu'un avocat de la défense au criminel puisse être condamné aux dépens est si exigeant. Une telle sanction ne devrait en effet être infligée que dans les circonstances les plus exceptionnelles. Compte tenu de ces considérations de principe et de la nature exceptionnelle d'une condamnation aux dépens prononcée contre un avocat de la défense, il importe de souligner que le ministère public devrait faire montre de beaucoup de circonspection avant de demander une telle sanction.

[63] Nous ne contestons pas la conclusion du juge des requêtes portant que les brevets de prohibition avaient été demandés en vue d'obtenir la suspension des procédures et que les requêtes les sollicitant ne reposaient pas sur les assises les plus solides en droit. Toutefois, à l'instar de la Cour d'appel, nous estimons que la conduite de M<sup>e</sup> Jodoin ne justifiait pas l'imposition de la sanction exceptionnelle que représente la condamnation personnelle d'un avocat aux dépens.

[64] Il semble que la conduite de M<sup>e</sup> Jodoin dans la présente affaire ne présentait pas un caractère exceptionnel dans le district de Bedford, comme en témoigne la remarque suivante du juge des requêtes :

Mr. Jodoin, the prosecution wants to send a message to certain defence lawyers” (2013 QCCS 4661, at para. 11 (CanLII)). This suggests that Mr. Jodoin was being punished as a warning to other lawyers engaged in similar tactics. The court ordered costs against Mr. Jodoin personally for a total of \$3,000.

[65] The desire to make an “example” of Mr. Jodoin’s behaviour does not justify straying from the legal requirement that his conduct be “rare and exceptional” before costs are ordered personally against him.

[66] Logically, the idea that costs should only be ordered against a lawyer personally in rare and exceptional circumstances cannot be reconciled with the fact that other defence counsel appear to have engaged in similar conduct.

[67] Mr. Jodoin has certainly not engaged in conduct we would commend. But to the extent that his behaviour was not unique in the district of Bedford, it is hard to see how it would amount to “dishonest or malicious misconduct” that would justify awarding costs personally against him (reasons of Gascon J., at para. 29).

[68] Moreover, we are not persuaded that Mr. Jodoin’s motions for writs of prohibition were unfounded to a sufficient degree to attract a personal costs order. The Superior Court concluded that Mr. Jodoin had filed those motions only for the purpose of obtaining an adjournment. This, however, does not take full account of the context of the proceedings, where one of the grounds raised involved the application of s. 657.3(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[69] This provision states that “a party who intends to call a person as an expert witness shall, at least thirty days before the commencement of the trial or within any other period fixed by the justice or

« En demandant la condamnation personnelle de M<sup>e</sup> Jodoin, la poursuite veut envoyer un message à certains procureurs de la défense » (2013 QCCS 4661, par. 11 (CanLII)). Cela tend à indiquer que la sanction qui lui était infligée se voulait un avertissement aux autres avocats ayant recours à des tactiques similaires. Le tribunal a condamné personnellement M<sup>e</sup> Jodoin à verser des dépens de 3 000 \$.

[65] Le désir de faire un « exemple » de M<sup>e</sup> Jodoin en sanctionnant sa conduite ne saurait justifier de déroger à la règle de droit exigeant que la conduite qu’on lui reproche présente un caractère « rare et exceptionnel » afin que le tribunal puisse le condamner personnellement aux dépens.

[66] Logiquement, l’idée qu’un avocat ne devrait être condamné personnellement aux dépens que dans des circonstances rares et exceptionnelles est inconciliable avec le fait que d’autres avocats de la défense semblent avoir eu une conduite similaire.

[67] Maître Jodoin n’a certes pas eu une conduite méritant nos éloges. Toutefois, dans la mesure où cette conduite ne présentait pas un caractère exceptionnel dans le district de Bedford, il est difficile de voir comment elle pourrait constituer « une conduite malhonnête ou malveillante » justifiant de le condamner personnellement aux dépens (motifs du juge Gascon, par. 29).

[68] De plus, nous ne sommes pas persuadées que les requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition présentées par M<sup>e</sup> Jodoin étaient mal fondées au point de commander une condamnation personnelle aux dépens. La Cour supérieure a conclu que M<sup>e</sup> Jodoin avait déposé ces requêtes uniquement afin d’obtenir un ajournement. Cependant, cette conclusion ne tient pas entièrement compte du contexte des procédures en question, dans le cadre desquelles un des moyens soulevés concernait l’application du par. 657.3(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[69] Aux termes de cette disposition, « la partie qui veut appeler un témoin expert donne à toute autre partie, au moins trente jours avant le début du procès ou dans le délai que fixe le juge de paix ou

judge, give notice to the other party or parties of his or her intention to do so”. Crown counsel intending to call an expert witness also has to provide a copy of the expert witness’s report or a summary of the opinion anticipated to be given by the expert witness to the other party within a reasonable period before trial (s. 657.3(3)(b)).

[70] If notice is not given, s. 657.3(4) states that

(4) . . . the court shall, at the request of any other party,

(a) grant an adjournment of the proceedings to the party who requests it to allow him or her to prepare for cross-examination of the expert witness;

(b) order the party who called the expert witness to provide that other party and any other party with the material referred to in paragraph (3)(b); and

(c) order the calling or recalling of any witness for the purpose of giving testimony on matters related to those raised in the expert witness’s testimony, unless the court considers it inappropriate to do so.

[71] The Crown had not provided Mr. Jodoin with the required notice. When Mr. Jodoin sought the adjournment to which he was entitled under s. 657.3(4), the judge presiding in the Court of Québec granted him a brief one over the lunch break. And, in refusing the requested adjournment, the judge mistakenly said that Mr. Jodoin had already cross-examined the Crown’s expert witness in other matters.

[72] This is the context in which Mr. Jodoin filed his motions for writs of prohibition after the lunch hour.

[73] Mr. Jodoin now concedes, based on other decisions rendered subsequently in similar matters, that he ought not to have used motions for writs of prohibition in response to the court’s refusal to grant the requested adjournment. But it is also undisputed that the Crown did not in fact give proper notice and that Mr. Jodoin was, as a result, entitled to an adjournment.

le juge, un préavis de son intention ». Le procureur de la Couronne qui entend appeler un témoin expert doit également fournir à l’autre partie, dans un délai raisonnable avant le procès, une copie du rapport rédigé par cet expert ou un sommaire énonçant la nature de son témoignage (al. 657.3(3)b)).

[70] Suivant le par. 657.3(4), en l’absence de préavis :

(4) . . . le tribunal, sur demande d’une autre partie :

a) ajourne la procédure afin de permettre à celle-ci de se préparer en vue du contre-interrogatoire de l’expert;

b) ordonne à la partie qui a appelé le témoin de fournir aux autres parties les documents visés à l’alinéa (3)b);

c) ordonne la convocation ou la reconvoction de tout témoin pour qu’il témoigne sur des questions relatives à celles traitées par l’expert, sauf s’il ne l’estime pas indiqué.

[71] Le ministère public n’a pas donné à M<sup>e</sup> Jodoin le préavis requis. Lorsque ce dernier a sollicité l’ajournement auquel il avait droit en vertu du par. 657.3(4), la Cour du Québec lui a accordé une brève suspension pendant la pause du midi. De plus, lorsqu’elle lui a refusé l’ajournement qu’il demandait, la Cour du Québec a affirmé, à tort, que M<sup>e</sup> Jodoin avait déjà contre-interrogé le témoin expert du ministère public dans d’autres instances.

[72] C’est dans ce contexte que M<sup>e</sup> Jodoin a déposé ses requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition après la pause du midi.

[73] Maître Jodoin concède maintenant, à la lumière d’autres décisions rendues subséquentement dans des affaires analogues, qu’il n’aurait pas dû recourir à des requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition à la suite du refus du tribunal de lui accorder l’ajournement qu’il demandait. Toutefois, il est également incontesté que le ministère public n’a pas donné à M<sup>e</sup> Jodoin le préavis requis, et qu’en conséquence celui-ci avait droit à l’ajournement des procédures.

[74] In the circumstances, Mr. Jodoin's filing of motions for writs of prohibition for the purpose of suspending the proceedings can easily be seen as an error of judgment, but hardly one justifying a personal costs order.

[75] For these reasons, we would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, ABELLA and CÔTÉ JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.*

*Solicitors for the respondent: Jodoin & Associés, Granby.*

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Schurman Longo Grenier, Montréal; Goldblatt Partners, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Walid Hijazi, Montréal; Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Addario Law Group, Toronto; Stockwoods, Toronto.*

[74] Dans les circonstances, le dépôt par M<sup>e</sup> Jodoin des requêtes sollicitant la délivrance de brefs de prohibition en vue d'obtenir la suspension des procédures peut aisément être considéré comme une erreur de jugement, mais difficilement comme une erreur justifiant une condamnation personnelle aux dépens.

[75] Pour ces motifs, nous rejeterions le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges ABELLA et CÔTÉ sont dissidentes.*

*Procureur de l'appelant : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.*

*Procureurs de l'intimé : Jodoin & Associés, Granby.*

*Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Schurman Longo Grenier, Montréal; Goldblatt Partners, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats plaideurs de la Colombie-Britannique : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Addario Law Group, Toronto; Stockwoods, Toronto.*

**Her Majesty the Queen in Right of  
Canada** *Appellant*

v.

**Kevin Antic** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association and  
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**  
*Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. ANTIC**

**2017 SCC 27**

File No.: 36783.

2016: December 2; 2017: June 1.

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

**ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR  
COURT OF JUSTICE**

*Constitutional law — Charter of Rights — Right not to be denied reasonable bail without just cause — Accused denied interim release because he did not meet geographic criteria in s. 515(2)(e) of Criminal Code for cash deposit to be imposed in addition to surety as condition of release — Bail review judge finding geographic limitation infringes s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms as it has effect of denying accused bail — Bail review judge striking down limitation and ordering accused's release with cash deposit and surety — Whether s. 515(2)(e) of Criminal Code infringes s. 11(e) of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(2)(e).*

*Criminal law — Interim release — Accused denied interim release because he did not meet geographic criteria in s. 515(2)(e) of Criminal Code for cash deposit to be imposed in addition to surety as condition of release — Principles and guidelines governing application of interim release provisions — Proper interpretation and*

**Sa Majesté la Reine du chef du  
Canada** *Appelante*

c.

**Kevin Antic** *Intimé*

et

**Association canadienne des libertés civiles et  
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**  
*Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ANTIC**

**2017 CSC 27**

N° du greffe : 36783.

2016 : 2 décembre; 2017 : 1 juin.

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

**EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE  
JUSTICE DE L'ONTARIO**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable — Refus à l'accusé d'une mise en liberté provisoire au motif qu'il ne satisfait pas aux critères géographiques prévus à l'art. 515(2)(e) du Code criminel, critères applicables pour que puisse être exigé un dépôt d'argent, en plus d'une caution, comme condition de la mise en liberté — Conclusion du juge saisi de la demande de révision de l'ordonnance relative à la mise en liberté sous caution portant que la limite géographique contrevient à l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés parce qu'elle a pour effet de priver l'accusé d'une mise en liberté sous caution — Juge saisi de la demande de révision annulant cette limite et ordonnant la libération de l'accusé avec dépôt d'argent et caution — L'article 515(2)(e) du Code criminel porte-t-il atteinte à l'art. 11e) de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(2)(e).*

*Droit criminel — Mise en liberté provisoire — Refus à l'accusé d'une mise en liberté provisoire au motif qu'il ne satisfait pas aux critères géographiques prévus à l'art. 515(2)(e) du Code criminel, critères applicables pour que puisse être exigé un dépôt d'argent, en plus de la caution, comme condition de la mise en liberté — Principes et*

*application of s. 515(2)(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(2)(e).*

A was arrested and charged with several drug and firearms offences. He was denied release at his bail hearing, and sought review of the detention order. The bail review judge declined to vacate the order, indicating that he would have released A if he could have imposed both a surety and a cash deposit as release conditions. However, s. 515(2)(e) of the *Criminal Code* permits a justice of the peace or judge to require both a cash deposit and surety supervision only if the accused is from out of the province or does not ordinarily reside within 200 km of the place in which he or she is in custody. As an Ontario resident living within 200 km of the place in which he was detained, A did not meet these criteria. A brought a subsequent bail review application, challenging the constitutionality of s. 515(2)(e). The bail review judge found that since the geographical limitation in s. 515(2)(e) prevented him from granting bail on the terms that he deemed appropriate, the provision violated the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) of the *Charter*. He severed and struck down the geographical limitation in s. 515(2)(e) and ordered A's release with a surety and a cash deposit of \$100,000.

*Held:* The appeal should be allowed and the declaration of constitutionality reversed.

The right not to be denied reasonable bail without just cause is an essential element of an enlightened criminal justice system. It entrenches the effect of the presumption of innocence at the pre-trial stage of the criminal trial process and safeguards the liberty of accused persons. This right has two aspects: a person charged with an offence has the right not to be denied bail without just cause and the right to reasonable bail. Under the first aspect, a provision may not deny bail without “just cause” — there is just cause to deny bail only if the denial occurs in a narrow set of circumstances, and the denial is necessary to promote the proper functioning of the bail system and is not undertaken for any purpose extraneous to that system. The second aspect, the right to reasonable bail, relates to the terms of bail, including the quantum of any monetary component and other restrictions that are imposed

*lignes directrices régissant l'application des dispositions en matière de mise en liberté provisoire — Interprétation et application appropriées de l'art. 515(2)e — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(2)e.*

A a été arrêté et accusé de plusieurs infractions liées à la drogue et aux armes à feu. Il s'est vu refuser la libération à l'audience relative à sa mise en liberté sous caution, et il a demandé la révision de l'ordonnance de détention prononcée contre lui. Le juge saisi de la demande de révision a refusé d'annuler l'ordonnance, indiquant qu'il aurait libéré A s'il avait pu exiger une caution et un dépôt d'argent comme conditions de sa mise en liberté. Cependant, l'al. 515(2)e du *Code criminel* ne permet à un juge de paix ou à un juge d'exiger un dépôt d'argent et la surveillance par une caution que si l'accusé vient de l'extérieur de la province où il est sous garde ou qu'il ne réside pas ordinairement dans un rayon de 200 km du lieu où il est sous garde. En tant que résidant de l'Ontario vivant dans un rayon de 200 km du lieu où il était sous garde, A ne satisfaisait pas à ces critères. Dans une demande de révision ultérieure, A a contesté la constitutionnalité de l'al. 515(2)e. Le juge saisi de la demande de révision a conclu que, comme la limite géographique prévue à l'al. 515(2)e l'empêchait d'accorder une mise en liberté aux conditions qu'il estimait indiquées, cette disposition portait atteinte au droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable garanti par l'al. 11e) de la *Charte*. Il a retranché et annulé la limite géographique prévue à l'al. 515(2)e) et il a ordonné la mise en liberté de A avec caution et dépôt d'une somme de 100 000 \$.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et la déclaration d'inconstitutionnalité est infirmée.

Le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable est un élément essentiel d'un système de justice pénale éclairé. Il consacre l'effet de la présomption d'innocence à l'étape préalable au procès criminel et protège la liberté des accusés. Ce droit comporte deux volets : l'inculpé a le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté sous caution et le droit à un cautionnement raisonnable. Le premier volet veut qu'une disposition ne puisse priver sans « juste cause » l'accusé d'une mise en liberté sous caution; le refus d'accorder une mise en liberté sous caution ne repose sur une juste cause que si celle-ci n'est refusée que dans certains cas bien précis, et que le refus s'impose pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et qu'on n'y recourt pas à des fins extérieures à ce système. Le deuxième volet, le droit à une

on the accused for the release period. It protects accused persons from conditions and forms of release that are unreasonable.

While a bail hearing is an expedited procedure, the bail provisions are federal law and must be applied consistently and fairly in all provinces and territories. A central part of the Canadian law of bail consists of the ladder principle and the authorized forms of release, which are found in s. 515(1) to (3) of the *Criminal Code*. Save for exceptions, an unconditional release on an undertaking is the default position when granting release. Alternative forms of release are to be imposed in accordance with the ladder principle, which must be adhered to strictly: release is favoured at the earliest reasonable opportunity and on the least onerous grounds. If the Crown proposes an alternate form of release, it must show why this form is necessary for a more restrictive form of release to be imposed. Each rung of the ladder must be considered individually and must be rejected before moving to a more restrictive form of release. Where the parties disagree on the form of release, it is an error of law for a judge to order a more restrictive form without justifying the decision to reject the less onerous forms. A recognizance with sureties is one of the most onerous forms of release, and should not be imposed unless all the less onerous forms have been considered and rejected as inappropriate. It is not necessary to impose cash bail on accused persons if they or their sureties have reasonably recoverable assets and are able to pledge those assets to the satisfaction of the court. A recognizance is functionally equivalent to cash bail and has the same coercive effect. Cash bail should be relied on only in exceptional circumstances in which release on a recognizance with sureties is unavailable. When cash bail is ordered, the amount must not be set so high that it effectively amounts to a detention order, which means that the amount should be no higher than necessary to satisfy the concern that would otherwise warrant detention and proportionate to the means of the accused and the circumstances of the case. The judge is under a positive obligation to inquire into the ability of the accused to pay. Terms of release under s. 515(4) should only be imposed to the extent that they are necessary to address concerns related to the statutory criteria for detention and to ensure that the accused is released. They must not be imposed to change an accused person's behaviour or to punish an accused person. Where a bail

mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable, se rapporte aux conditions de la mise en liberté sous caution, y compris le montant fixé et les autres restrictions imposées à l'accusé pendant qu'il est en liberté. Il protège les accusés des conditions et des formes de mise en liberté qui sont déraisonnables.

Bien que l'audience relative à la mise en liberté sous caution constitue une procédure accélérée, les dispositions relatives à la mise en liberté sous caution relèvent du droit fédéral et doivent être appliquées de façon uniforme et équitable dans toutes les provinces et tous les territoires. Le principe de l'échelle et les formes de mise en liberté autorisées, prévus aux par. 515(1) à (3) du *Code criminel*, constituent des éléments fondamentaux du droit canadien en matière de liberté sous caution. Sauf exceptions, une mise en liberté inconditionnelle sur remise d'une promesse constitue la solution par défaut à adopter lorsqu'il s'agit d'accorder une mise en liberté. L'imposition d'autres formes de mise en liberté doit se faire conformément au principe de l'échelle, lequel doit être suivi rigoureusement : on favorise la mise en liberté à la première occasion raisonnable et aux conditions les moins sévères possible. S'il propose une forme plus restrictive de mise en liberté, le ministère public doit démontrer la nécessité de celle-ci pour qu'il soit possible de l'imposer. Chaque échelon de l'échelle doit être examiné de façon individuelle et doit être écarté avant qu'il soit possible de passer à une forme plus restrictive de mise en liberté. En cas de désaccord des parties sur la forme de mise en liberté à accorder, le juge commet une erreur de droit en ordonnant une forme plus restrictive de mise en liberté sans justifier sa décision d'écarter les formes moins sévères. La mise en liberté avec engagement et caution est l'une des formes les plus sévères de mise en liberté, et ne devrait être imposée que dans le cas où toutes les formes moins sévères ont été examinées et écartées en raison de leur caractère inapproprié. Il n'est pas nécessaire d'imposer un cautionnement en espèces à des accusés si eux-mêmes ou leurs cautions possèdent des biens recouvrables par des moyens raisonnables et s'ils sont en mesure, à la satisfaction du tribunal, de mettre ceux-ci en gage. Un engagement est l'équivalent fonctionnel du cautionnement en espèces et a le même effet coercitif. Le cautionnement en espèces ne devrait être imposé qu'en présence de circonstances exceptionnelles où un engagement avec caution est impossible. Lorsqu'un cautionnement en espèces est ordonné, le montant fixé ne doit pas être élevé au point où il équivaut dans les faits à une ordonnance de détention; autrement dit, ce montant

review is requested, courts must follow the bail review process set out in *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328.

In the instant case, s. 515(2)(e) of the *Criminal Code* did not have the effect of denying A bail — it was the bail review judge’s application of the bail provisions that did so. The bail review judge committed two errors in fashioning A’s release order. First, by requiring a cash deposit with a surety, one of the most onerous forms of release, he failed to adhere to the ladder principle. Even though A had offered a surety with a monetary pledge, the bail review judge was fixated on and insisted on a cash deposit because he believed the erroneous assumption that cash is more coercive than a pledge. Second, the bail review judge erred in making his decision on the basis of speculation as to whether A might believe that forfeiture proceedings would not be taken against his elderly grandmother if he breached his bail terms. A judge cannot impose a more onerous form of release solely because he or she speculates that the accused will not believe in the enforceability of a surety or a pledge. Parliament expressly authorized the possibility of an accused being released on entering into a recognizance with sureties in the place of cash bail, and judges should not undermine the bail scheme by speculating, contrary to any evidence and to Parliament’s intent, that requiring cash will be more effective.

Given that s. 515(2)(e) did not have the effect of denying A bail, it cannot be concluded that this provision denies him bail without just cause. Thus, the first aspect of the s. 11(e) *Charter* right is not triggered. As to the second aspect of the s. 11(e) right, it does not need to be addressed because, properly interpreted, s. 515(2)(e) does not apply to A and cannot therefore authorize an unreasonable form

ne devrait pas être plus élevé que nécessaire pour dissiper la préoccupation qui justifierait par ailleurs la détention de l’accusé, et devrait être proportionné aux moyens de l’accusé et aux circonstances de l’affaire. Le juge a l’obligation positive de s’enquérir de la capacité de l’accusé de payer. Les conditions de mise en liberté visées au par. 515(4) ne devraient être imposées que dans la mesure où elles sont nécessaires pour dissiper les préoccupations liées aux critères légaux de détention et pour permettre la mise en liberté de l’accusé. Elles ne doivent pas être imposées pour modifier le comportement de l’accusé ou pour le punir. Lorsqu’une demande de révision d’une ordonnance relative à la mise en liberté sous caution lui est présentée, le tribunal doit suivre le processus de révision applicable à cet égard énoncé dans *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328.

En l’espèce, l’al. 515(2)e) du *Code criminel* n’a pas eu pour effet de priver A d’une mise en liberté sous caution; c’est l’application des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution par le juge saisi de la demande de révision qui a eu un tel effet. Celui-ci a commis deux erreurs en établissant l’ordonnance de mise en liberté de A. Premièrement, en exigeant un dépôt en argent et une caution, soit l’une des formes les plus sévères de mise en liberté, il n’a pas respecté le principe de l’échelle. Bien que A ait offert un engagement monétaire avec caution, le juge saisi de la demande de révision a exigé avec insistance un dépôt d’argent, ayant adopté l’hypothèse erronée selon laquelle l’argent est plus coercitif qu’un engagement. Deuxièmement, celui-ci a commis une erreur en rendant sa décision sur la base de l’hypothèse selon laquelle A pourrait croire qu’on n’introduirait pas de procédure en confiscation contre sa grand-mère âgée s’il ne respectait pas les conditions de sa mise en liberté. Un juge ne peut imposer une forme plus sévère de mise en liberté simplement parce qu’il suppose que l’accusé ne croira pas à la force exécutoire d’une caution ou d’un engagement. Le législateur a expressément prévu la possibilité pour l’accusé d’être mis en liberté moyennant un engagement assorti d’une caution, au lieu du dépôt d’un cautionnement en espèces; les juges ne devraient pas miner le régime de mise en liberté sous caution en supposant, à l’encontre de la preuve et de l’intention du législateur, qu’il sera plus efficace d’exiger de l’argent.

Comme l’al. 515(2)e) n’a pas eu pour effet de priver A d’une mise en liberté sous caution, on ne peut conclure qu’il prive celui-ci sans juste cause d’une telle mise en liberté. En conséquence, le premier volet du droit garanti par l’al. 11e) de la *Charte* n’entre pas en jeu. De plus, il n’est pas nécessaire de se prononcer sur le deuxième volet de ce droit, car, dûment interprété, l’al. 515(2)e) ne



of release in his case. Had the bail review judge applied the bail provisions properly, A could have been granted reasonable bail. Accordingly, the bail review judge's declaration of unconstitutionality should be reversed and the cash-plus-surety release ordered should be replaced with a cash-only release under s. 515(2)(d) on the same terms as those previously imposed, since A has already posted the cash deposit.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Smith*, 2003 SKCA 8, 171 C.C.C. (3d) 383; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *R. v. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *Canada (Minister of Justice) v. Mirza*, 2009 ONCA 732, 248 C.C.C. (3d) 1; *United States of America v. Robertson*, 2013 BCCA 284, 339 B.C.A.C. 199; *R. v. Garrington*, [1973] 1 O.R. 370; *R. v. Brost*, 2012 ABQB 696, 552 A.R. 140; *R. v. Saunter*, 2006 ABQB 808; *R. v. Rowan*, 2011 ONSC 7362; *R. v. Folkes*, 2007 ABQB 624, 430 A.R. 266; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re Keenan and The Queen* (1979), 57 C.C.C. (2d) 267; *R. v. Brown* (1974), 21 C.C.C. (2d) 575; *R. v. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL); *R. v. G. (C.A.)*, 2014 ABQB 119, 306 C.R.R. (2d) 288; *R. v. Omeasoo*, 2013 ABPC 328; 576 A.R. 357; *R. v. Patko*, 2005 BCCA 183, 197 C.C.C. (3d) 192.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30.  
*Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37.  
*Bill of Rights (Eng.)*, 1688, 1 Will. & Mar. 2, c. 2.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(e).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 469, 515(1), (2), (3), (4), (6), (10), 520.  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 451, 463(3).  
*Statutes of Westminster, The First (Eng.)*, 1275, 3 Edw. 1, c. 15.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

s'applique pas à A et ne saurait donc autoriser une forme déraisonnable de mise en liberté en ce qui le concerne. Si le juge saisi de la demande de révision avait appliqué les dispositions en matière de mise en liberté sous caution de manière appropriée, A aurait pu se voir accorder une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable. En conséquence, la déclaration d'inconstitutionnalité qu'il a prononcée devrait être infirmée, et son ordonnance de mise en liberté avec dépôt d'argent et caution devrait être remplacée par une ordonnance de mise en liberté avec dépôt d'argent seulement, conforme à l'al. 515(2)d) et assortie des mêmes conditions que celles imposées antérieurement, étant donné que A a déjà effectué le dépôt d'argent.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Smith*, 2003 SKCA 8, 171 C.C.C. (3d) 383; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Canada (Minister of Justice) c. Mirza*, 2009 ONCA 732, 248 C.C.C. (3d) 1; *United States of America c. Robertson*, 2013 BCCA 284, 339 B.C.A.C. 199; *R. c. Garrington*, [1973] 1 O.R. 370; *R. c. Brost*, 2012 ABQB 696, 552 A.R. 140; *R. c. Saunter*, 2006 ABQB 808; *R. c. Rowan*, 2011 ONSC 7362; *R. c. Folkes*, 2007 ABQB 624, 430 A.R. 266; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Keenan c. Stalker Mun. J.* (1979), 12 C.R. (3d) 135; *R. c. Brown* (1974), 21 C.C.C. (2d) 575; *R. c. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL); *R. c. G. (C.A.)*, 2014 ABQB 119, 306 C.R.R. (2d) 288; *R. c. Omeasoo*, 2013 ABPC 328; 576 A.R. 357; *R. c. Patko*, 2005 BCCA 183, 197 C.C.C. (3d) 192.

### Lois et règlements cités

*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation*, S.C. 1869, c. 30.  
*Bill of Rights (Angl.)*, 1688, 1 Will. & Mar. 2, c. 2.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11(e).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 469, 515(1), (2), (3), (4), (6), (10), 520.  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51, art. 451, 463(3).  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40(1).  
*Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, c. 37.  
*Statutes of Westminster, The First (Angl.)*, 1275, 3 Edw. 1, c. 15.

**Authors Cited**

- Canada. Canadian Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969 [Ouimet Report].
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, p. 3118.
- Canadian Civil Liberties Association and Education Trust. *Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by Abby Deshman and Nicole Myers, 2014 (online: <https://ccla.org/cclanewsitewp-content/uploads/2015/02/Set-up-to-fail-FINAL.pdf>; archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27_1_eng.pdf)).
- Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1965.
- Friedland, Martin L. "The Bail Reform Act Revisited" (2012), 16 *Can. Crim. L.R.* 315.
- Irving, Nancy L. *Alberta Bail Review: Endorsing a Call for Change*, 2016 (online: <https://open.alberta.ca/dataset/2532e913-c5c6-4316-842d-b1cf39217994/resource/4c134128-7c59-4057-8fdd-dbd0ce0a9ae8/download/AlbertaBailReview-REPORT.pdf>; archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27\\_2\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27_2_eng.pdf)).
- Roach, Kent. "A Charter Reality Check: How Relevant Is the Charter to the Justness of Our Criminal Justice System?" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 717.
- Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2016, release 1).

APPEAL from a decision of the Ontario Superior Court of Justice (Munroe J.), 2015 ONSC 6593, declaring s. 515(2)(e) of the *Criminal Code* unconstitutional and granting the accused judicial interim release. Appeal allowed.

*Nick Devlin and Amber Pashuk*, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

*Jonathan Shime*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

**Doctrine et autres documents cités**

- Association canadienne des libertés civiles et le Fidéi-commis canadien d'éducation en libertés civiles. *Set Up to Fail : Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by Abby Deshman and Nicole Myers, 2014 (en ligne : <https://ccla.org/cclanewsitewp-content/uploads/2015/02/Set-up-to-fail-FINAL.pdf>; version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27_1_eng.pdf)).
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 5 février 1971, p. 3118.
- Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 [Rapport Ouimet].
- Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*, Toronto, University of Toronto Press, 1965.
- Friedland, Martin L. « The Bail Reform Act Revisited » (2012), 16 *Rev. can. D.P.* 315.
- Irving, Nancy L. *Alberta Bail Review : Endorsing a Call for Change*, 2016 (en ligne : <https://open.alberta.ca/dataset/2532e913-c5c6-4316-842d-b1cf39217994/resource/4c134128-7c59-4057-8fdd-dbd0ce0a9ae8/download/AlbertaBailReview-REPORT.pdf>; version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27\\_2\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC27_2_eng.pdf)).
- Roach, Kent. « A Charter Reality Check : How Relevant Is the Charter to the Justness of Our Criminal Justice System? » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 717.
- Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2016, release 1).

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Munroe), 2015 ONSC 6593, déclarant inconstitutionnel l'al. 515(2)(e) du *Code criminel* et accordant à l'accusé une mise en liberté provisoire. Pourvoi accueilli.

*Nick Devlin et Amber Pashuk*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimé.

*Jonathan Shime*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*John Norris and Chris Sewrattan, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association (Ontario).*

*Vincenzo Rondinelli, as amicus curiae.*

The judgment of the Court was delivered by

WAGNER J. —

### I. Overview

[1] The right not to be denied reasonable bail without just cause is an essential element of an enlightened criminal justice system. It entrenches the effect of the presumption of innocence at the pre-trial stage of the criminal trial process and safeguards the liberty of accused persons. This case requires the Court to clarify important aspects of the law of bail, specifically, when a judge or a justice of the peace can impose a cash deposit on an accused as a condition of release.

[2] At issue are the interpretation and the constitutionality of s. 515(2)(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which authorizes one form of pre-trial release. Section 515(2)(e) permits a judge or a justice to require both a cash deposit and surety supervision<sup>1</sup> as conditions of release if an accused ordinarily resides out of the province or more than 200 km away from the place in which he or she is in custody. But this form of combined “cash-plus-surety” release is not available to accused persons who do not meet these geographic criteria.

[3] The judge who heard the bail review application in this case (“bail review judge”) held that s. 515(2)(e) violates the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because

<sup>1</sup> A surety is an individual who supervises the accused and ensures that the accused remains faithful to his or her pledge to the court to appear for trial: G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at p. 6-11.

*John Norris et Chris Sewrattan, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).*

*Vincenzo Rondinelli, en qualité d'amicus curiae.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WAGNER —

### I. Aperçu

[1] Le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable est un élément essentiel d'un système de justice pénale éclairé. Il consacre l'effet de la présomption d'innocence à l'étape préalable au procès criminel et protège la liberté des accusés. En l'espèce, la Cour doit clarifier certains aspects importants du droit applicable en matière de liberté sous caution, soit, plus précisément, à quel moment un juge ou un juge de paix peut imposer à l'accusé un dépôt d'argent comme condition de sa mise en liberté.

[2] Le litige porte sur l'interprétation et la constitutionnalité de l'al. 515(2)e du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui autorise l'une des formes de mise en liberté avant le procès. Cette disposition permet à un juge ou à un juge de paix d'exiger un dépôt d'argent et la surveillance par une caution<sup>1</sup> à titre de conditions de la mise en liberté si l'accusé ne réside pas ordinairement dans la province où il est sous garde ou dans un rayon de 200 km du lieu où il est sous garde. Par contre, cette forme de mise en liberté « avec dépôt d'argent et caution » ne peut être ordonnée à l'égard d'accusés qui ne satisfont pas à ces critères géographiques.

[3] Le juge saisi de la demande de révision de l'ordonnance relative à la mise en liberté sous caution en l'espèce (« juge saisi de la demande de révision ») a conclu que l'al. 515(2)e porte atteinte au droit garanti par l'al. 11e) de la *Charte canadienne*

<sup>1</sup> Une caution est une personne qui supervise l'accusé et qui s'assure que celui-ci respecte son engagement envers le tribunal de comparaître au procès (G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 6-11).

it had the effect of denying bail to the respondent, Kevin Antic. The bail review judge erred in coming to this conclusion. Section 515(2)(e) did not have the effect of denying Mr. Antic bail — it was the bail review judge’s misapplication of the bail provisions that did so.

[4] The “ladder principle”, which is codified in s. 515(3) of the *Code*, requires a justice or a judge to impose the least onerous form of release on an accused unless the Crown shows why that should not be the case. The bail review judge failed to adhere to this central principle. He erred by requiring a cash deposit with a surety, one of the most onerous forms of release, even though Mr. Antic had offered a surety with a monetary pledge (known in the *Code* as a recognizance<sup>2</sup>). A cash deposit and a monetary pledge both give an accused the same financial incentive to abide by his or her release order. Neither is more coercive than the other. But requiring cash can be unfair, as it makes an accused person’s release contingent on his or her access to funds. Thus, cash bail is merely a limited alternative to a pledge that should not be imposed where accused persons or their sureties have reasonably recoverable assets<sup>3</sup> to pledge.

[5] I would allow the appeal. Mr. Antic had offered to provide sureties with a monetary pledge.

<sup>2</sup> A recognizance is the “formal record of an acknowledgement of indebtedness to the Crown” that is usually nullified when the accused attends in court for trial: Trotter, at p. 6-11.

<sup>3</sup> By “reasonably recoverable assets”, I mean assets that could be recovered by the Crown by way of a forfeiture proceeding such that the risk for the accused of losing the assets is meaningful. Whether assets are reasonably recoverable is for the judge or the justice to determine.

*des droits et libertés* de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable, et ce, parce qu’il a eu pour effet de priver l’intimé en l’espèce, Kevin Antic, d’une mise en liberté sous caution. Le juge a commis une erreur en tirant cette conclusion. L’alinéa 515(2)e n’a pas eu pour effet de priver M. Antic d’une mise en liberté sous caution; c’est l’application erronée des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution par le juge saisi de la demande de révision qui a eu un tel effet.

[4] Codifié au par. 515(3) du *Code*, le « principe de l’échelle » oblige le juge de paix ou le juge à imposer à l’accusé la forme la moins sévère de mise en liberté, à moins que le ministère public ne démontre pourquoi il ne devrait pas en être ainsi. Le juge saisi de la demande de révision n’a pas respecté ce principe fondamental. Celui-ci a commis une erreur en exigeant un dépôt d’argent et une caution, soit l’une des formes les plus sévères de mise en liberté, et ce, même si M. Antic avait offert un engagement monétaire (connu sous le nom d’engagement<sup>2</sup> dans le *Code*) avec caution. Le dépôt d’argent et l’engagement monétaire incitent financièrement de la même façon l’accusé à respecter son ordonnance de mise en liberté. L’un n’est pas plus coercitif que l’autre. Toutefois, le fait d’exiger le dépôt d’un cautionnement en espèces peut se révéler injuste, car il subordonne la mise en liberté d’un accusé à l’accès par celui-ci à des fonds. En conséquence, une telle mesure est simplement une solution de rechange limitée à l’engagement, qui ne devrait pas être imposée lorsque les accusés ou leurs cautions possèdent des biens recouvrables par des moyens raisonnables<sup>3</sup> à mettre en gage.

[5] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi. M. Antic avait proposé de fournir un engagement monétaire

<sup>2</sup> Un engagement est [TRADUCTION] « la reconnaissance formelle d’une dette envers le ministère public », reconnaissance étant généralement annulée lorsque l’accusé se présente devant le tribunal pour son procès (Trotter, p. 6-11).

<sup>3</sup> Par l’expression « biens recouvrables par des moyens raisonnables », j’entends des biens que le ministère public pourrait recouvrer au moyen d’une procédure en confiscation, de telle sorte que le risque pour l’accusé de perdre les biens est important. Il appartient au juge ou au juge de paix de déterminer si des biens sont recouvrables par des moyens raisonnables.

He could have been released without a cash deposit. Therefore, there is no need to address the question whether s. 515(2)(e) violates s. 11(e).

[6] Yet the concerns raised in this case extend beyond the provision at issue. The bail review judge's reasons appear to be illustrative of how the bail provisions are being applied inconsistently across the country. While the bail hearing is admittedly an expedited procedure, the bail provisions are federal law and must be applied consistently in all provinces and territories. This case affords an opportunity to determine the proper approach to applying those provisions, one that is consistent with the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) and with the presumption of innocence.

## II. Relevant Provisions

[7] Section 11(e) of the *Charter* reads as follows:

**11.** Any person charged with an offence has the right

. . .

(e) not to be denied reasonable bail without just cause;

[8] And the relevant portions of s. 515 of the *Code* read as follows:

**515 (1)** Subject to this section, where an accused who is charged with an offence other than an offence listed in section 469 is taken before a justice, the justice shall, unless a plea of guilty by the accused is accepted, order, in respect of that offence, that the accused be released on his giving an undertaking without conditions, unless the prosecutor, having been given a reasonable opportunity to do so, shows cause, in respect of that offence, why the detention of the accused in custody is justified or why an order under any other provision of this section should be made and where the justice makes an order under any other provision of this section, the order shall refer only

avec caution. Il aurait pu être mis en liberté sans dépôt d'argent. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si l'al. 515(2)e) porte atteinte à l'al. 11e).

[6] Cependant, les préoccupations soulevées en l'espèce vont au-delà de la disposition en cause. Les motifs du juge saisi de la demande de révision illustrent bien l'absence d'uniformité dans l'application des dispositions relatives à la mise en liberté sous caution à travers le pays. Même s'il est vrai que l'audience relative à la mise en liberté sous caution constitue une procédure accélérée, les dispositions relatives à la mise en liberté sous caution relèvent du droit fédéral et doivent être appliquées de façon uniforme dans toutes les provinces et tous les territoires. Ce pourvoi fournit l'occasion de déterminer l'approche à adopter pour appliquer ces dispositions, approche qui est compatible avec, d'une part, le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable garanti par l'al. 11e) et, d'autre part, la présomption d'innocence.

## II. Dispositions pertinentes

[7] L'alinéa 11e) de la *Charte* est ainsi libellé :

**11.** Tout inculpé a le droit :

. . .

e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;

[8] Et voici le texte des dispositions pertinentes de l'art. 515 du *Code* :

**515 (1)** Sous réserve des autres dispositions du présent article, lorsqu'un prévenu inculpé d'une infraction autre qu'une infraction mentionnée à l'article 469 est conduit devant un juge de paix, celui-ci doit, sauf si un plaidoyer de culpabilité du prévenu est accepté, ordonner que le prévenu soit mis en liberté à l'égard de cette infraction, pourvu qu'il remette une promesse sans condition, à moins que le poursuivant, ayant eu la possibilité de le faire, ne fasse valoir à l'égard de cette infraction des motifs justifiant la détention du prévenu sous garde ou des motifs justifiant de rendre une ordonnance aux termes de toute autre disposition du présent article et lorsque le

to the particular offence for which the accused was taken before the justice.

(2) Where the justice does not make an order under subsection (1), he shall, unless the prosecutor shows cause why the detention of the accused is justified, order that the accused be released

(a) on his giving an undertaking with such conditions as the justice directs;

(b) on his entering into a recognizance before the justice, without sureties, in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs but without deposit of money or other valuable security;

(c) on his entering into a recognizance before the justice with sureties in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs but without deposit of money or other valuable security;

(d) with the consent of the prosecutor, on his entering into a recognizance before the justice, without sureties, in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs and on his depositing with the justice such sum of money or other valuable security as the justice directs; or

(e) if the accused is not ordinarily resident in the province in which the accused is in custody or does not ordinarily reside within two hundred kilometres of the place in which he is in custody, on his entering into a recognizance before the justice with or without sureties in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs, and on his depositing with the justice such sum of money or other valuable security as the justice directs.

(3) The justice shall not make an order under any of paragraphs (2)(b) to (e) unless the prosecution shows cause why an order under the immediately preceding paragraph should not be made.

(4) The justice may direct as conditions under subsection (2) that the accused shall do any one or more of the following things as specified in the order:

juge de paix rend une ordonnance en vertu d'une autre disposition du présent article, l'ordonnance ne peut se rapporter qu'à l'infraction au sujet de laquelle le prévenu a été conduit devant le juge de paix.

(2) Lorsque le juge de paix ne rend pas une ordonnance en vertu du paragraphe (1), il ordonne, à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant la détention du prévenu sous garde, que le prévenu soit mis en liberté pourvu que, selon le cas :

a) il remette une promesse assortie des conditions que le juge de paix fixe;

b) il contracte sans caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci, mais sans dépôt d'argent ni d'autre valeur;

c) il contracte avec caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci, mais sans dépôt d'argent ni d'autre valeur;

d) avec le consentement du poursuivant, il contracte sans caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci et dépose la somme d'argent ou les valeurs que ce dernier prescrit;

e) si le prévenu ne réside pas ordinairement dans la province où il est sous garde ou dans un rayon de deux cents kilomètres du lieu où il est sous garde, il contracte, avec ou sans caution, devant le juge de paix un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci et dépose la somme d'argent ou les valeurs que ce dernier prescrit.

(3) Le juge de paix ne peut rendre d'ordonnance aux termes de l'un des alinéas (2)b) à e), à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant de ne pas rendre une ordonnance aux termes de l'alinéa précédant immédiatement.

(4) Le juge de paix peut ordonner, comme conditions aux termes du paragraphe (2), que le prévenu fasse celle ou celles des choses suivantes que spécifie l'ordonnance :

(a) report at times to be stated in the order to a peace officer or other person designated in the order;

(b) remain within a territorial jurisdiction specified in the order;

(c) notify the peace officer or other person designated under paragraph (a) of any change in his address or his employment or occupation;

(d) abstain from communicating, directly or indirectly, with any victim, witness or other person identified in the order, or refrain from going to any place specified in the order, except in accordance with the conditions specified in the order that the justice considers necessary;

(e) where the accused is the holder of a passport, deposit his passport as specified in the order;

(e.1) comply with any other condition specified in the order that the justice considers necessary to ensure the safety and security of any victim of or witness to the offence; and

(f) comply with such other reasonable conditions specified in the order as the justice considers desirable.

a) se présenter, aux moments indiqués dans l'ordonnance, à un agent de la paix ou à une autre personne désignés dans l'ordonnance;

b) rester dans la juridiction territoriale spécifiée dans l'ordonnance;

c) notifier à l'agent de la paix ou autre personne désignés en vertu de l'alinéa a) tout changement d'adresse, d'emploi ou d'occupation;

d) s'abstenir de communiquer, directement ou indirectement, avec toute personne — victime, témoin ou autre — identifiée dans l'ordonnance ou d'aller dans un lieu qui y est mentionné, si ce n'est en conformité avec les conditions qui y sont prévues et qu'il estime nécessaires;

e) lorsque le prévenu est détenteur d'un passeport, déposer son passeport ainsi que le spécifie l'ordonnance;

e.1) observer telles autres conditions indiquées dans l'ordonnance que le juge de paix estime nécessaires pour assurer la sécurité des victimes ou des témoins de l'infraction;

f) observer telles autres conditions raisonnables, spécifiées dans l'ordonnance, que le juge de paix estime opportunes.

### III. Background and Judicial History

[9] Mr. Antic was arrested in Windsor, Ontario, and charged with several drug and firearms offences. He is an Ontario resident, but he spends much of his time in the state of Michigan and has no assets in Canada. Mr. Antic's initial bail hearing occurred after he was arrested.

A. *Ontario Court of Justice (Justice of the Peace Renaud), No. C57727, June 30, 2015*

[10] At the bail hearing, the justice of the peace denied Mr. Antic's release. Because Mr. Antic was charged with drug trafficking, the presumption in favour of pre-trial release did not apply and he bore the burden of justifying his release (*Code*, s. 515(6)). The justice concluded that having Mr. Antic's girlfriend supervise him as a surety would address any safety concerns. However, because Mr. Antic had no

### III. Contexte et historique judiciaire

[9] M. Antic a été arrêté à Windsor, en Ontario, et a été accusé de plusieurs infractions liées à la drogue et aux armes à feu. Il réside en Ontario, mais il passe le plus clair de son temps dans l'État du Michigan et il ne possède aucun bien au Canada. La première audience relative à sa mise en liberté sous caution a eu lieu après son arrestation.

A. *Cour de justice de l'Ontario (la juge de paix Renaud), n° C57727, 30 juin 2015*

[10] Lors de l'audience relative à la mise en liberté sous caution, la juge de paix a refusé la libération de M. Antic. Comme celui-ci était accusé de trafic de drogue, la présomption en faveur d'une mise en liberté avant le procès ne s'appliquait pas et il lui incombait de justifier sa mise en liberté (*Code*, par. 515(6)). La juge de paix a conclu qu'une surveillance assurée par la petite amie de M. Antic, à

significant ties to the local community, the justice found that his release plan did not adequately address the substantial flight risk he posed.

B. *Ontario Superior Court of Justice (Munroe J.), No. CR-15-3408, July 17, 2015*

[11] Mr. Antic sought a review of the detention order under s. 520 of the *Code*. He offered a pledge or a deposit of money as well as two additional sureties (his father and his grandmother) to satisfy the flight risk concerns.

[12] The bail review judge rejected the new release plan and declined to vacate the detention order. He insisted on a cash deposit because he was worried that Mr. Antic could abscond if what was at stake was “a mere pledge” of \$10,000 from his grandmother. The bail review judge speculated that Mr. Antic would assume that if he breached his bail conditions, the government would not seize his elderly grandmother’s house. The bail review judge did not consider Mr. Antic’s girlfriend as a potential surety even though she was available at that time.

[13] The bail review judge wrote that he would have released Mr. Antic if he could have imposed both a surety and a cash deposit as release conditions in order to satisfy the flight risk and safety concerns. However, s. 515(2)(e) of the *Code* permits a cash-plus-surety release only if the accused is from out of the province or does not ordinarily reside within 200 km of the place in which he or she is in custody. As an Ontario resident living within 200 km of the place in which he was detained, Mr. Antic did not qualify for this.

titre de caution, permettrait de dissiper toute préoccupation relative à la sécurité. Par contre, comme M. Antic n’avait pas de liens importants avec la collectivité locale, elle a statué que son plan de libération ne remédiait pas adéquatement au risque de fuite important qu’il présentait.

B. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge Munroe), n° CR-15-3408, 17 juillet 2015*

[11] Se fondant sur l’art. 520 du *Code*, M. Antic a demandé la révision de l’ordonnance de détention prononcée contre lui. Il a proposé un engagement ou un dépôt d’argent ainsi que deux cautions additionnelles (son père et sa grand-mère) pour dissiper les préoccupations liées au risque de fuite.

[12] Le juge saisi de la demande de révision a rejeté le nouveau plan de libération et a refusé d’annuler l’ordonnance de détention. Il a exigé un dépôt d’argent, car il craignait qu’un [TRADUCTION] « simple engagement » de 10 000 \$ de la part de la grand-mère de M. Antic n’empêche pas ce dernier de s’esquiver. Il a émis l’hypothèse selon laquelle M. Antic supposerait que le gouvernement ne saisirait pas la maison de sa grand-mère âgée en cas de manquement aux conditions de sa mise en liberté sous caution. À son avis, la petite amie de M. Antic ne pouvait servir de caution, même si elle était disponible à l’époque.

[13] Le juge saisi de la demande de révision a expliqué qu’il aurait libéré M. Antic s’il avait pu exiger, comme conditions de sa mise en liberté, une caution et un dépôt d’argent pour dissiper le risque de fuite et les préoccupations liées à la sécurité. Cependant, l’al. 515(2)(e) du *Code* n’autorise la mise en liberté avec dépôt d’argent et caution que si l’accusé vient de l’extérieur de la province où il est sous garde ou qu’il ne réside pas ordinairement dans un rayon de 200 km du lieu où il est sous garde. En tant que résidant de l’Ontario vivant dans un rayon de 200 km du lieu où il était sous garde, M. Antic ne remplissait pas les conditions requises pour se voir imposer une telle mise en liberté.



C. *Ontario Superior Court of Justice (Munroe J.), No. CR-15-3429, August 28, 2015*

[14] In his second bail review application, Mr. Antic argued that the following new facts justified his release: (i) he had pleaded guilty to the drug trafficking charges and had been sentenced to a short term in jail (which he had already served in pre-trial custody); (ii) the handgun found under his bed had been misclassified as a 40 calibre weapon; (iii) his co-accused had been released on bail; and (iv) there was a potential for delay in obtaining a date for a preliminary inquiry on the remaining charges he faced.

[15] The bail review judge disagreed. He was still concerned that Mr. Antic would abscond regardless of these changed circumstances.

D. *Ontario Superior Court of Justice (Munroe J.), 2015 ONSC 6593, October 23, 2015*

[16] Mr. Antic sought a third bail review, this time challenging the constitutionality of s. 515(2)(e).

[17] The bail review judge found that s. 515(2)(e) violates the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) of the *Charter*. He held that the only viable conditions of release for Mr. Antic would be a large cash deposit and surety supervision. However, the geographical limitation in s. 515(2)(e) prevented him from granting bail on these terms. The bail review judge thus concluded that the geographical restriction unconstitutionally denied Mr. Antic bail. He severed and struck down the geographical limitation in s. 515(2)(e). He then ordered Mr. Antic's release with a surety and a cash deposit of \$100,000.

C. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Munroe), n° CR-15-3429, 28 août 2015*

[14] Dans sa deuxième demande de révision de l'ordonnance de détention, M. Antic a fait valoir que les nouveaux faits suivants justifiaient sa mise en liberté : (i) il avait plaidé coupable aux accusations de trafic de drogue et avait été condamné à une courte peine d'emprisonnement (qu'il avait déjà purgée en détention avant le procès), (ii) l'arme de poing trouvée sous son lit avait été classifiée à tort comme arme de calibre 40, (iii) son coaccusé avait été libéré sous caution et (iv) il y avait un risque de retard dans l'obtention d'une date pour l'enquête préliminaire relative aux autres accusations portées contre lui.

[15] Le juge saisi de la demande de révision n'était pas de cet avis. Il craignait toujours que M. Antic ne s'esquive malgré ce changement de circonstances.

D. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Munroe), 2015 ONSC 6593, 23 octobre 2015*

[16] M. Antic a demandé une troisième révision de l'ordonnance de détention, contestant cette fois la constitutionnalité de l'al. 515(2)e).

[17] Le juge saisi de la demande de révision a conclu que l'al. 515(2)e porte atteinte au droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable garanti par l'al. 11e) de la *Charte*. Il a statué que les seules conditions valables de mise en liberté dans le cas de M. Antic étaient le dépôt d'une somme d'argent importante et la surveillance par une caution. Cependant, la limite géographique prévue à l'al. 515(2)e l'empêchait d'accorder une mise en liberté à ces conditions. Le juge saisi de la demande de révision a donc conclu que la limite privait de manière inconstitutionnelle M. Antic d'une mise en liberté sous caution, et il a retranché et annulé cette limite géographique mentionnée à l'al. 515(2)e. Il a ensuite ordonné la mise en liberté de M. Antic avec caution et dépôt d'une somme de 100 000 \$.

[18] This Court granted the Crown leave to appeal the bail review judge’s decision, as the Crown has no right to appeal a bail review decision made under s. 520 to the provincial court of appeal: *R. v. Smith*, 2003 SKCA 8, 171 C.C.C. (3d) 383, at para. 25; *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

[19] After over a year in pre-trial custody, Mr. Antic raised sufficient funds to post the \$100,000 cash deposit and was released on July 15, 2016.

#### IV. Issue

[20] Does s. 515(2)(e) of the *Criminal Code* infringe the right not to be denied reasonable bail without just cause under s. 11(e) of the *Charter*?

#### V. Analysis

##### A. *Concept and History of Bail*

[21] When someone is charged with a crime, the *Code* and the *Charter* typically require that the accused be released from detention before trial on what is known as “bail”. Although release is the default position in most cases, a judge or a justice also has the authority to deny the release of an accused or to impose conditions on the accused when he or she is released, provided that the Crown justifies the detention or the conditions. The *Code* primarily utilizes the expression “judicial interim release” to refer to “bail”. In these reasons, I will use the terms “bail” and “pre-trial release” interchangeably in referring to this concept.

[22] The concept of bail traces back to English antiquity. Early codifications of the law of bail include the *Statutes of Westminster, The First* (Eng.), 1275, 3 Edw. 1, c. 15, which structured the terms

[18] Notre Cour a accordé au ministère public l’autorisation d’interjeter appel de la décision rendue par le juge saisi de la demande de révision, car le ministère public n’a pas le droit de faire appel, devant la cour d’appel provinciale, d’une décision relative à la révision d’une ordonnance de détention, rendue en vertu de l’art. 520 (*R. c. Smith*, 2003 SKCA 8, 171 C.C.C. (3d) 383, par. 25; *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, par. 40(1)).

[19] Après avoir passé plus d’un an en détention avant le procès, M. Antic a amassé suffisamment d’argent pour verser le dépôt de 100 000 \$ et il a été libéré le 15 juillet 2016.

#### IV. Question en litige

[20] L’alinéa 515(2)e) du *Code criminel* porte-t-il atteinte au droit de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable garanti par l’al. 11e) de la *Charte*?

#### V. Analyse

##### A. *La notion de mise en liberté sous caution et son historique*

[21] Le *Code* et la *Charte* exigent habituellement que la personne accusée d’un crime soit mise en liberté avant son procès; c’est ce qu’on appelle la « mise en liberté sous caution ». Bien que la mise en liberté constitue la solution par défaut dans la plupart des cas, un juge ou un juge de paix a également le pouvoir de refuser la mise en liberté d’un accusé ou d’assortir celle-ci de conditions si le ministère public fait valoir des motifs justifiant la détention ou ces conditions. Le *Code* utilise principalement l’expression « mise en liberté provisoire » pour désigner la « mise en liberté sous caution ». Dans les présents motifs, j’emploierai de façon interchangeable les termes « mise en liberté sous caution » et « mise en liberté avant le procès » lorsque je me référerai à cette notion.

[22] La notion de mise en liberté sous caution remonte à l’antiquité anglaise. Les premières codifications du droit applicable en la matière comprennent les *Statutes of Westminster, The First* (Angl.), 1275,

under which judges could grant bail, and *The Bill of Rights* (Eng.), 1688, 1 Will. & Mar. 2, c. 2, which prohibited excessive bail conditions. By the 1800s, the sole purpose of the law of bail in England was to ensure that accused persons who were released on bail would attend their trials: G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at p. 1-6.

[23] Bail has deep historical roots in Canada as well. Canadian law reflected the English law of bail until Parliament enacted legislation in 1869 that made bail discretionary for all offences: see *An Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 14; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 26. In dissenting reasons in *Hall*, Iacobucci J. explained that older versions of the *Code* had provided justices, judges and magistrates with no real guidance on bail:

Before 1972, the law of bail was a highly discretionary matter. It was presumed that an accused person would be detained prior to trial unless he or she applied for bail under s. 463(1) of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51 (as amended by S.C. 1960-61, c. 43, s. 16), and s. 463(3) gave virtually no guidance to the bail judge charged with determining whether to detain an accused committed for trial . . . [para. 56]

[24] The provisions of the pre-1972 *Code* also gave no guidance on the imposition of release conditions. There were three forms of release: (a) release with sufficient sureties upon entering into a recognizance, (b) release upon making a cash deposit, and (c) release upon entering into a recognizance without a deposit: S.C. 1953-54, c. 51, ss. 451 and 463(3). These forms of release were not ranked in any way, which meant that a justice, a

3 Edw. 1, c. 15, qui ont structuré les conditions auxquelles les juges pouvaient accorder une mise en liberté sous caution, et la loi intitulée *The Bill of Rights* (Angl.), 1688, 1 Will. & Mar. 2, c. 2, qui interdisait l'imposition de conditions de mise en liberté sous caution excessives. Dans les années 1800, le droit applicable en Angleterre en matière de liberté sous caution visait uniquement à assurer la présence des accusés libérés sous caution à leur procès (G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 1-6).

[23] La mise en liberté sous caution a également des racines profondes au Canada. En effet, le droit canadien reflétait le droit anglais en la matière, jusqu'à ce que le Parlement adopte, en 1869, une loi qui rendait discrétionnaire la mise en liberté sous caution pour toutes les infractions (voir l'*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation*, S.C. 1869, c. 30; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 14; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 26). Dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Hall*, le juge Iacobucci a expliqué que des versions antérieures du *Code* n'offraient pratiquement aucune indication aux juges de paix, aux juges et aux magistrats en ce qui a trait à la mise en liberté sous caution :

Avant 1972, le droit applicable en matière de liberté sous caution comportait un aspect très discrétionnaire. On présumait que l'accusé serait détenu avant son procès, sauf s'il présentait une demande de mise en liberté sous caution fondée sur le par. 463(1) du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51 (modifié par S.C. 1960-61, ch. 43, art. 16). Le paragraphe 463(3) n'offrait pratiquement aucune indication au juge appelé à décider s'il y avait lieu de détenir l'accusé renvoyé à son procès . . . [par. 56]

[24] En outre, avant 1972, les dispositions du *Code* ne donnaient aucune indication sur l'imposition de conditions de mise en liberté. Il existait trois formes de mise en liberté : a) la mise en liberté avec cautions suffisantes et moyennant un engagement, b) la mise en liberté avec dépôt d'argent et c) la mise en liberté avec engagement, sans dépôt (S.C. 1953-54, c. 51, art. 451 et par. 463(3)). Celles-ci ne suivaient aucun ordre particulier, de sorte que le juge de paix,

judge or a magistrate could impose any of them in any given case.

[25] Pioneering work by Professor Martin L. Friedland and by the Canadian Committee on Corrections sparked a significant reform of the bail system. Professor Friedland's study, *Detention before Trial*, specifically examined the practice of bail courts in Toronto: M. L. Friedland, *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965). The Canadian Committee on Corrections, established in 1965 by Order-in-Council, examined more broadly the Canadian criminal process and correctional system, including the law of bail. It delivered its recommendations in a report that is now known as the Ouimet Report (after the Committee's chairman, Justice Roger Ouimet of the Quebec Superior Court): *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969).

[26] Both Professor Friedland and the authors of the Ouimet Report recognized that the bail system's overreliance on cash bail limited the possibility of release for many accused persons. Professor Friedland observed that there was an "undue preoccupation with [bail's] monetary aspects": Friedland, *Detention before Trial*, at p. 176. Generally, magistrates required accused persons to deposit cash before they would release them. This led to an unconscionable result: ". . . the ability of the accused to marshal funds or property in advance" determined whether he or she would be released (*ibid.*, at p. 176).

[27] Professor Friedland also mentioned some of the practical challenges involved in setting the quantum of a cash deposit, as well as the unfairness it produced:

A system which requires security in advance often produces an insoluble dilemma. In most cases it is impossible

le juge ou le magistrat pouvait ordonner n'importe quelle forme de mise en liberté dans un cas donné.

[25] Les travaux d'avant-garde réalisés par le professeur Martin L. Friedland et le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle ont mené à une réforme importante du système de mise en liberté sous caution. L'étude menée par le professeur Friedland, intitulée *Detention before Trial*, porte plus particulièrement sur la pratique des tribunaux chargés des mises en liberté sous caution à Toronto (M. L. Friedland, *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (1965)). Le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, établi par décret en 1965, a examiné de façon plus générale le processus pénal et le système correctionnel canadiens, y compris le droit applicable en matière de liberté sous caution. Il a formulé ses recommandations dans un rapport qu'on appelle désormais le Rapport Ouimet, lequel tire son nom de celui du président du Comité, le juge Roger Ouimet de la Cour supérieure du Québec (*Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction: un lien à forger* (1969)).

[26] Tant le professeur Friedland que les auteurs du Rapport Ouimet ont reconnu que le recours excessif au cautionnement en espèces limitait pour bon nombre d'accusés la possibilité d'obtenir une mise en liberté. Le professeur Friedland a fait remarquer qu'il existait une [TRADUCTION] « préoccupation indue à l'égard des aspects monétaires [du cautionnement] » (Friedland, *Detention before Trial*, p. 176). Généralement, les magistrats exigeaient des accusés qu'ils versent un dépôt d'argent avant de mettre ceux-ci en liberté. Cette pratique menait à un résultat inacceptable : la mise en liberté de l'accusé dépendait de sa « capacité à amasser des fonds ou des biens à l'avance » (*ibid.*, p. 176).

[27] Le professeur Friedland a également mentionné certains des défis concrets liés à l'établissement du montant du dépôt d'argent, ainsi que l'injustice qui en découlait :

[TRADUCTION] Le régime qui exige un cautionnement à l'avance mène souvent à un dilemme insoluble. Dans

to pick a figure which is high enough to ensure the accused's appearance in court and yet low enough for him to raise: the two seldom, if ever, overlap. [*ibid.*, at p. 176]

[28] The 1972 *Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37, was an attempt to address these concerns by placing strict limits on cash bail. Then Justice Minister John Turner, speaking in the House of Commons, recognized that requiring cash in advance to secure pre-trial release could operate “harshly against poor people”. He stated that “cash bail in this bill is only a last resort” and that the bill was intended to limit cash bail to circumstances in which “the alleged offender was not ordinarily resident in the community where he was in custody”: *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, at p. 3118.

[29] The *Bail Reform Act* also codified what is now known as the “ladder principle”. This *Act* set out possible forms of release, which were ordered from the least to the most onerous. The ladder principle generally requires that a justice not order a more onerous form of release unless the Crown shows why a less onerous form is inappropriate. In other words, the ladder principle means “that release is favoured at the earliest reasonable opportunity and . . . on the least onerous grounds”: *R. v. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113, at para. 23, per Healy J.C.Q. (as he then was).

[30] The ladder principle and the authorized forms of release remain a central part of the Canadian law of bail and are now enumerated in s. 515(1) to (3) of the *Code*. In the *Code*, the possibility of requiring a cash deposit is limited to the two most onerous forms of release: s. 515(2)(d) and (e).

la plupart des cas, il est impossible de fixer un montant suffisamment élevé pour assurer la comparution de l'accusé devant le tribunal, mais assez bas pour que celui-ci puisse amasser les fonds nécessaires : ces montants ne coïncident que rarement, voire jamais. [*ibid.*, p. 176]

[28] En 1972, la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, c. 37, a tenté de dissiper ces préoccupations en assortissant le cautionnement en espèces de limites strictes. Le ministre de la Justice de l'époque, John Turner, a reconnu devant la Chambre des communes que le fait d'exiger un dépôt d'argent pour libérer l'accusé avant le procès pouvait « jouer cruellement contre les pauvres ». Il a affirmé que « le cautionnement en espèces, aux termes de ce projet de loi, n'est qu'un dernier recours » et que le projet de loi visait à limiter un tel cautionnement aux situations où « le contrevenant n'habitait pas ordinairement dans la province où il a été détenu » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 5 février 1971, p. 3118).

[29] La *Loi sur la réforme du cautionnement* a également codifié ce qu'on appelle aujourd'hui le « principe de l'échelle ». Elle prévoyait les formes possibles de mises en liberté, lesquelles étaient classées par ordre croissant de sévérité. En vertu du principe de l'échelle, un juge de paix ne doit généralement pas ordonner une forme de mise en liberté plus sévère, à moins que le ministère public ne démontre pourquoi une forme qui l'est moins serait inappropriée. Autrement dit, ce principe signifie qu'on [TRADUCTION] « favorise la mise en liberté à la première occasion raisonnable et [. . .] aux conditions les moins sévères possible » (*R. c. Anoussis*, 2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113, par. 23, le juge Healy (maintenant juge à la Cour d'appel du Québec)).

[30] Le principe de l'échelle et les formes de mise en liberté autorisées demeurent des éléments fondamentaux du droit canadien en matière de liberté sous caution, et figurent maintenant aux par. 515(1) à (3) du *Code*. Dans le *Code*, la possibilité d'exiger un dépôt d'argent ne s'applique qu'aux deux formes les plus sévères de mise en liberté (al. 515(2)d) et e)).

[31] In 1982, the enactment of the *Charter* transformed the statutory right to bail into a constitutional right: *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 691. I will now examine the *Charter* right not to be denied reasonable bail without just cause more closely.

#### B. *Interpretation of Section 11(e) of the Charter*

[32] Section 11(e) of the *Charter* states: “Any person charged with an offence has the right . . . not to be denied reasonable bail without just cause”. This right creates “a basic entitlement to be granted reasonable bail unless there is just cause to do otherwise”: *Pearson*, at p. 691.

[33] Before proceeding, I must mention that the expression “just cause” is used in two senses in the bail context. First, as used in s. 11(e) of the *Charter*, “just cause” relates to the circumstances in which denying bail is constitutional: an accused has a constitutional entitlement to be granted bail unless there is “just cause” to deny it.

[34] Second, the expression “just cause” is also commonly used to describe the statutory grounds that justify the pre-trial detention of an accused. These grounds, which are enumerated in s. 515(10) of the *Code*, are flight risk, public safety and public confidence in the administration of justice. In most cases, it is presumed that the accused should be released, and he or she will not be detained unless the Crown can show on the basis of these statutory criteria that detention is warranted.

[35] In these reasons, I will use the expression “just cause” only in the constitutional sense. To avoid confusion, I will refer to the grounds under the *Code* as the “statutory criteria for detention”.

[31] En 1982, l’adoption de la *Charte* a transformé le droit à la mise en liberté sous caution prévu par la loi en un droit constitutionnel (*R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 691). J’examinerai maintenant de plus près le droit garanti par la *Charte* de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable.

#### B. *L’interprétation de l’al. 11e) de la Charte*

[32] L’alinéa 11e) de la *Charte* énonce ce qui suit : « Tout inculpé a le droit [. . .] de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable ». Ce droit crée « un droit fondamental à une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable sauf s’il existe une juste cause justifiant le refus de l’accorder » (*Pearson*, p. 691).

[33] Avant d’aller plus loin, je dois souligner que l’expression « juste cause » est utilisée dans deux sens en contexte de mise en liberté sous caution. Premièrement, la « juste cause » dont il est question à l’al. 11e) de la *Charte* se rapporte aux circonstances dans lesquelles le refus d’accorder la mise en liberté sous caution est constitutionnel : l’accusé a le droit constitutionnel à une mise en liberté sous caution, sauf s’il existe une « juste cause » justifiant le refus de l’accorder.

[34] Deuxièmement, l’expression « juste cause » est également couramment utilisée pour décrire les motifs légaux justifiant la détention de l’accusé avant le procès. Ces motifs, énumérés au par. 515(10) du *Code*, sont les suivants : le risque de fuite, la sécurité publique et la confiance du public envers l’administration de la justice. Dans la plupart des cas, on présume que l’accusé devrait être mis en liberté et celui-ci ne sera détenu que si le ministère public peut démontrer, en se fondant sur ces critères légaux, que la détention est justifiée.

[35] Dans les présents motifs, j’utiliserai l’expression « juste cause » uniquement dans son sens constitutionnel et, pour éviter toute confusion, j’appellerai « critères légaux de détention » les motifs prévus par le *Code*.

[36] This Court first interpreted the *Charter* right to bail in *Pearson* and in *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711. In *Pearson*, Lamer C.J. observed that the word “bail” in the *Charter* must be interpreted broadly and include “all forms of what is formally known under the *Criminal Code* as ‘judicial interim release’”: *Pearson*, at p. 690. He noted that the right under s. 11(e) has two aspects, (1) the right not to be denied bail without “just cause” and (2) the right to “reasonable bail”: *Pearson*, at p. 689.

[37] In *Pearson* and *Morales*, the Court considered the meaning of the first aspect of this right, that is, the right not to be denied bail without “just cause”. This aspect “imposes constitutional standards on the grounds under which bail is granted or denied”: *Pearson*, at p. 689; see also *Morales*, at p. 735. The “reasonable bail” aspect, on the other hand, concerns the terms and conditions of release: *ibid.*

[38] I will briefly summarize Lamer C.J.’s discussion on this two-part right, after which I will consider the provision at issue in the case at bar.

(1) Right Not to Be Denied Bail Without “Just Cause”

[39] A statutory provision that allows for the pre-trial detention of an accused triggers the protection of s. 11(e). For example, the Court held in *Pearson* that s. 515(6)(d) of the *Code* constitutes a denial of bail under s. 11(e) because it puts the onus on an accused to justify pre-trial release if he or she is charged with certain offences. Since this reverse onus amounts to a presumption in favour of detention, “there is a departure from the basic entitlement

[36] Notre Cour a interprété pour la première fois le droit à la mise en liberté sous caution garanti par la *Charte* dans les arrêts *Pearson* et *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711. Dans l’arrêt *Pearson*, le juge en chef Lamer a fait remarquer que l’expression « mise en liberté assortie d’un cautionnement » utilisée dans la *Charte* devait être interprétée de façon large et inclure « toutes les formes de ce qu’on appelle la “mise en liberté provisoire” dans le *Code criminel* » (*Pearson*, p. 690). Il a souligné que le droit garanti à l’al. 11e) comporte deux volets : (1) le droit de ne pas être privé « sans juste cause » de la mise en liberté sous caution et (2) le droit à un « cautionnement raisonnable » (*Pearson*, p. 689).

[37] Dans les arrêts *Pearson* et *Morales*, la Cour a examiné le sens du premier volet du droit garanti à l’al. 11e), à savoir le droit de ne pas être privé « sans juste cause » d’une mise en liberté sous caution. Ce volet du droit garanti à l’al. 11e) « assujettit à des normes constitutionnelles les motifs pour lesquels la mise en liberté peut être accordée ou refusée » (*Pearson*, p. 689; voir aussi *Morales*, p. 735). En revanche, le deuxième volet du droit garanti à l’al. 11e), à savoir le droit à un « cautionnement raisonnable », concerne les conditions de la mise en liberté (*ibid.*).

[38] Je résumerai brièvement l’analyse que fait le juge en chef Lamer de ce droit à deux volets, et j’examinerai ensuite la disposition en cause en l’espèce.

(1) Le droit de ne pas être privé « sans juste cause » d’une mise en liberté sous caution

[39] Toute disposition législative qui prévoit la détention d’un accusé avant le procès fait intervenir la protection offerte par l’al. 11e). Par exemple, dans l’arrêt *Pearson*, la Cour a statué que l’al. 515(6)d) du *Code* prive l’accusé d’une mise en liberté sous caution en contravention de l’al. 11e), parce qu’il lui impose le fardeau de justifier sa mise en liberté avant le procès lorsqu’il est inculpé de certaines infractions. Comme cette inversion du fardeau de la preuve

to bail [that] is sufficient to conclude that there is a denial of bail for the purposes of s. 11(e)”: p. 693.

[40] A provision may not deny bail without “just cause”. The right not to be denied bail without just cause imposes a constitutional standard that must be met for the denial of bail to be valid. Lamer C.J. held that there is just cause to deny bail only if the denial (1) occurs in a “narrow set of circumstances” and (2) the denial of bail “is necessary to promote the proper functioning of the bail system and is not undertaken for any purpose extraneous to the bail system”: *Pearson*, at p. 693; see also *Morales*, at p. 737; *Hall*, at para. 16.

(2) Right to “Reasonable Bail”

[41] In contrast to the first aspect of the s. 11(e) right, the right to reasonable bail relates to the terms of bail, including the “quantum of any monetary component and other . . . restrictions” that are imposed on the accused for the release period: *Hall*, at para. 16. The right not to be denied reasonable bail without just cause protects accused persons from conditions and forms of release that are unreasonable. The French version of s. 11(e) bears this out: a person charged with an offence has the right to a release “*assortie d’un cautionnement raisonnable*” (“in conjunction with reasonable bail”).

[42] It must be borne in mind that s. 515(2) of the *Code* establishes the only legal forms of pre-trial release, such as a surety release or release with a recognizance. But it is the justice or judge who ultimately decides which form of release to order in a given case, and he or she also has discretion under s. 515(4) of the *Code* to impose terms that are specific to the circumstances of the accused. Both a legislated form of release and the specific terms of

équivalent à une présomption en faveur de la détention, « il y [a] dérogation au droit fondamental à la mise en liberté sous caution [suffisante] pour nous amener à conclure à la privation de la mise en liberté sous caution au regard de l’al. 11e) » (p. 693).

[40] Une disposition ne peut pas priver sans « juste cause » l’accusé d’une mise en liberté sous caution. Le droit de l’accusé de ne pas se voir refuser sans juste cause une mise en liberté sous caution impose une norme constitutionnelle à laquelle il faut satisfaire pour qu’un tel refus soit valide. Le juge en chef Lamer a statué que le refus d’accorder une mise en liberté sous caution ne repose sur une juste cause que lorsque (1) la mise en liberté n’est refusée que « dans certains cas bien précis », et que (2) le refus « s’impose pour favoriser le bon fonctionnement du système de mise en liberté sous caution et [qu’]on n’y recourt pas à des fins extérieures à ce système » (*Pearson*, p. 693; voir aussi *Morales*, p. 737, et *Hall*, par. 16).

(2) Le droit à un « cautionnement raisonnable »

[41] Contrairement au premier volet du droit garanti à l’al. 11e), le droit à un cautionnement raisonnable se rapporte aux conditions de la mise en liberté sous caution, y compris le « montant fixé et [les] autres restrictions » imposées à l’accusé pendant qu’il est en liberté (*Hall*, par. 16). Le droit de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable protège les accusés des conditions et des formes de mise en liberté qui sont déraisonnables. Le libellé de la version française de l’al. 11e) le confirme : tout inculpé a droit à une mise en liberté « assortie d’un cautionnement raisonnable ».

[42] Il faut se rappeler que le par. 515(2) du *Code* établit les seules formes de mise en liberté avant le procès autorisées par la loi, comme la mise en liberté avec caution ou la mise en liberté avec engagement. Cependant, c’est le juge de paix ou le juge qui, en fin de compte, décide quelle forme de mise en liberté il convient d’ordonner dans un cas donné, et celui-ci a également, en vertu du par. 515(4) du *Code*, le pouvoir discrétionnaire d’imposer des



release ordered by a justice or a judge can be unreasonable and, as a result, unconstitutional.

C. *Provision at Issue: Section 515(2)(e)*

[43] On the basis of these constitutional principles, I will begin by discussing the proper interpretation of the challenged provision, s. 515(2)(e) of the *Code*, and the scheme governing the forms of release. I will then explain why I do not need to address s. 11(e) of the *Charter*.

(1) Proper Interpretation of Section 515(2)(e) and the Scheme Governing the Forms of Release

[44] To interpret s. 515(2)(e), it is first necessary to understand the ladder principle. As I explained above, the ladder principle requires that the form of release imposed on an accused be no more onerous than necessary. This principle is set out in s. 515(1) to (3) of the *Code*. Although these provisions are more strictly applicable in a contested bail hearing, they also provide the legal backdrop that should guide plans of release to which the parties consent.

[45] Section 515(1) requires that, where an accused is charged with an offence other than the ones listed in s. 469 of the *Code*, “the accused be released on his giving an undertaking without conditions”. However, s. 515(1) affords the prosecutor an opportunity to show why the accused should either be detained or be released under more onerous forms of release. The *Code* also requires that accused persons charged with any of the offences listed in s. 515(6) be detained unless they justify their release.

conditions adaptées à la situation de l’accusé. Tant une forme de mise en liberté autorisée par la loi que les conditions particulières de mise en liberté ordonnées par un juge de paix ou un juge peuvent être déraisonnables et, partant, inconstitutionnelles.

C. *La disposition en cause : l’al. 515(2)e*

[43] En me fondant sur ces principes constitutionnels, j’examinerai d’abord l’interprétation qu’il convient de donner à la disposition contestée, l’al. 515(2)e du *Code*, ainsi que le régime applicable aux formes autorisées de mises en liberté. J’expliquerai ensuite les raisons pour lesquelles je n’ai pas besoin de me prononcer sur l’al. 11e) de la *Charte*.

(1) L’interprétation qu’il convient de donner à l’al. 515(2)e et le régime applicable aux formes autorisées de mise en liberté

[44] Pour interpréter l’al. 515(2)e, il faut d’abord bien comprendre le principe de l’échelle. Comme je l’ai déjà expliqué, conformément au principe de l’échelle, la forme de mise en liberté imposée à l’accusé ne doit pas être plus sévère que ce qui est nécessaire. Ce principe est énoncé aux par. 515(1) à (3) du *Code*. Bien que ces dispositions s’appliquent plus strictement aux audiences relatives à la mise en liberté sous caution contestées, elles fournissent aussi le cadre légal qui devrait guider l’élaboration des plans de libération auxquels consentent les parties.

[45] Suivant le par. 515(1), dans le cas où il est inculpé d’une infraction autre que celles mentionnées à l’art. 469 du *Code*, l’accusé doit être « mis en liberté [. . .], pourvu qu’il remette une promesse sans condition ». Par contre, cette disposition donne au poursuivant la possibilité de faire valoir des motifs justifiant soit la détention de l’accusé, soit l’imposition d’une forme plus sévère de mise en liberté. Le *Code* exige également que l’accusé inculpé d’une des infractions mentionnées au par. 515(6) soit détenu, à moins que celui-ci puisse justifier sa mise en liberté.

[46] Aside from the release of an accused under s. 515(1) on his or her giving an undertaking without conditions, s. 515(2) sets out the other permissible forms of pre-trial release:

(2) Where the justice does not make an order under subsection (1), he shall, unless the prosecutor shows cause why the detention of the accused is justified, order that the accused be released

(a) on his giving an undertaking with such conditions as the justice directs;

(b) on his entering into a recognizance before the justice, without sureties, in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs but without deposit of money or other valuable security;

(c) on his entering into a recognizance before the justice with sureties in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs but without deposit of money or other valuable security;

(d) with the consent of the prosecutor, on his entering into a recognizance before the justice, without sureties, in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs and on his depositing with the justice such sum of money or other valuable security as the justice directs; or

(e) if the accused is not ordinarily resident in the province in which the accused is in custody or does not ordinarily reside within two hundred kilometres of the place in which he is in custody, on his entering into a recognizance before the justice with or without sureties in such amount and with such conditions, if any, as the justice directs, and on his depositing with the justice such sum of money or other valuable security as the justice directs.

Each provision, moving from s. 515(2)(a) to s. 515(2)(e), involves more burdensome conditions of release for the accused than the one before it. These forms of release, coupled with the specific release terms a justice or a judge may impose under s. 515(4), have significant potential to impinge on an accused person's liberty.

[46] Outre la mise en liberté de l'accusé sur remise d'une promesse sans condition prévue au par. 515(1), le par. 515(2) énonce les autres formes autorisées de mise en liberté avant le procès :

(2) Lorsque le juge de paix ne rend pas une ordonnance en vertu du paragraphe (1), il ordonne, à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant la détention du prévenu sous garde, que le prévenu soit mis en liberté pourvu que, selon le cas :

a) il remette une promesse assortie des conditions que le juge de paix fixe;

b) il contracte sans caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci, mais sans dépôt d'argent ni d'autre valeur;

c) il contracte avec caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci, mais sans dépôt d'argent ni d'autre valeur;

d) avec le consentement du poursuivant, il contracte sans caution, devant le juge de paix, un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci et dépose la somme d'argent ou les valeurs que ce dernier prescrit;

e) si le prévenu ne réside pas ordinairement dans la province où il est sous garde ou dans un rayon de deux cents kilomètres du lieu où il est sous garde, il contracte, avec ou sans caution, devant le juge de paix un engagement au montant et sous les conditions fixés par celui-ci et dépose la somme d'argent ou les valeurs que ce dernier prescrit.

Chacune des dispositions des al. 515(2)a) à 515(2)e) prévoit pour l'accusé des conditions de mise en liberté plus contraignantes que celles énoncées par la disposition qui précède. Ces formes de mise en liberté, combinées aux conditions particulières de mise en liberté qu'un juge de paix ou un juge peut imposer en vertu du par. 515(4), sont très susceptibles de porter atteinte à la liberté de l'accusé.

[47] The ladder principle is codified in s. 515(3), which prohibits a justice or a judge from imposing a more onerous form of release unless the Crown shows why a less onerous form is inappropriate: “The justice shall not make an order under any of paragraphs (2)(b) to (e) unless the prosecution shows cause why an order under the immediately preceding paragraph should not be made.”

[48] Parliament included cash in the most onerous “rungs” of the ladder for added flexibility, not because cash is more effective than other release conditions in ensuring compliance with bail terms. A recognizance creates the same financial incentive for the accused to comply with the terms of release as does a cash deposit. One does not mitigate the flight or safety risk posed by an accused person more effectively than the other: *Anoussis*, at para. 22.<sup>4</sup> The central purpose of the *Bail Reform Act* was to avoid the harsh effects on accused persons of requiring cash deposits where other avenues of release are available. As the authors of the Ouimet Report recognized, cash bail provides added flexibility by offering an alternative form of release where a meaningful recognizance cannot be given and a surety cannot be obtained: pp. 106-7.

[49] Therefore, where a monetary condition of release is necessary and a satisfactory personal recognizance or recognizance with sureties can be obtained, a justice or a judge cannot impose cash bail. A pledge and a deposit perform the same function: the accused or the surety may lose his or her money if the accused person breaches the terms of

<sup>4</sup> In fact, there is no evidence that a release with sureties results in greater compliance with bail terms than does a recognizance: Canadian Civil Liberties Association and Education Trust, *Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by A. Deshman and N. Myers (2014) (online), at p. 37 (“CCLA Report”).

[47] Le principe de l'échelle est codifié au par. 515(3), lequel interdit au juge de paix ou au juge d'imposer une forme de mise en liberté plus sévère, à moins que le ministère public ne démontre pourquoi une forme qui l'est moins serait inappropriée : « Le juge de paix ne peut rendre d'ordonnance aux termes de l'un des alinéas (2)b) à e), à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant de ne pas rendre une ordonnance aux termes de l'alinéa précédant immédiatement. »

[48] Le législateur a inclus le dépôt d'argent dans les « échelons » les plus sévères de l'échelle en vue d'offrir une plus grande souplesse, et non parce que l'argent est plus efficace que d'autres conditions de mise en liberté pour faire respecter les conditions de la mise en liberté sous caution. L'engagement crée la même incitation financière que le dépôt d'argent pour assurer le respect par l'accusé des conditions de sa mise en liberté. L'un n'est pas plus efficace que l'autre afin de réduire le risque de fuite ou le risque pour la sécurité que présente l'accusé (*Anoussis*, par. 22)<sup>4</sup>. L'objectif central de la *Loi sur la réforme du cautionnement* consistait à éviter les lourdes conséquences qu'a pour les accusés l'obligation d'effectuer des dépôts d'argent lorsque d'autres formes de mise en liberté peuvent être imposées. Comme l'ont reconnu les auteurs du Rapport Ouimet, le cautionnement en espèces permet une plus grande souplesse en offrant une autre forme de mise en liberté lorsqu'un engagement valable et une caution ne peuvent être fournis (p. 114-116).

[49] En conséquence, dans les cas où l'imposition d'une condition monétaire de mise en liberté est nécessaire, et où un engagement personnel suffisant ou un engagement avec caution peut être obtenu, le juge de paix ou le juge ne peut pas imposer un cautionnement en espèces. L'engagement et le dépôt jouent le même rôle : l'accusé ou la caution

<sup>4</sup> En fait, rien dans la preuve n'indique que la mise en liberté avec caution soit plus efficace qu'un engagement pour faire respecter les conditions de la mise en liberté (Association canadienne des libertés civiles et le Fidéicommiss canadien d'éducation en libertés civiles, *Set Up to Fail : Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, par A. Deshman et N. Myers (2014) (en ligne), p. 37 (« Rapport de l'ACLC »)).

bail. Release with a pledge of money thus has the same coercive power as release with a cash deposit.

(2) Proper Application of Section 515(2)(e) and the Scheme Governing the Forms of Release

[50] With these interpretive principles in mind, I will now turn to the bail review decision at issue in this appeal. Mr. Antic's show cause hearing and bail reviews were contested. Mr. Antic bore the onus of establishing why the detention order should be vacated. However, once Mr. Antic had satisfied the bail review judge that new circumstances justified his vacating the order, the ladder principle ought to have guided the judge in fashioning a release order. Although Mr. Antic had been charged with drug trafficking, which had reversed the onus at the initial bail hearing, he had pleaded guilty to these charges by the time of his second bail review hearing. He was therefore not in a reverse onus position at that time.

[51] No party disputes that Mr. Antic posed a flight risk and a safety risk, but the bail review judge committed two errors in fashioning Mr. Antic's release order.

[52] First, the bail review judge failed to apply the ladder principle properly. Although he purported to apply it, he erred by insisting on cash despite the existence of other forms of release. The bail review judge was fixated on a cash deposit because he believed the erroneous assumption that cash is more coercive than a pledge. But, as I explained above, a recognizance is functionally equivalent to cash bail and has the same coercive effect. The bail review judge should not have insisted on a cash deposit

peut perdre son argent si l'accusé ne respecte pas les conditions de sa mise en liberté sous caution. La mise en liberté assortie d'un engagement monétaire a donc le même pouvoir coercitif que celle assortie d'un dépôt d'argent.

(2) L'application appropriée de l'al. 515(2)e) et le régime applicable aux formes autorisées de mise en liberté

[50] Eu égard à ces principes d'interprétation, je vais maintenant me pencher sur la décision visée en l'espèce, à savoir la décision relative à la révision de l'ordonnance de détention. L'audience de justification et les demandes de révision de M. Antic ont été contestées. Il incombait à ce dernier de démontrer pourquoi l'ordonnance de détention devait être annulée. Cependant, une fois que le juge saisi de la demande de révision a été convaincu que de nouvelles circonstances justifiaient l'annulation de l'ordonnance, le principe de l'échelle aurait dû guider celui-ci dans l'établissement d'une ordonnance de mise en liberté. Bien qu'il ait été inculqué de trafic de drogue — ce qui a eu pour effet d'inverser le fardeau de la preuve lors de la première audience relative à la mise en liberté sous caution —, M. Antic a plaidé coupable à ces chefs d'accusation avant la deuxième audience, portant sur la révision de l'ordonnance de détention. Il ne se trouvait donc pas en situation d'inversion du fardeau de la preuve à ce moment-là.

[51] Les parties conviennent que M. Antic présentait un risque de fuite ainsi qu'un risque pour la sécurité, mais le juge saisi de la demande de révision a commis deux erreurs en établissant l'ordonnance de mise en liberté de M. Antic.

[52] Premièrement, il n'a pas appliqué correctement le principe de l'échelle. Bien qu'il ait voulu l'appliquer, il a eu tort d'exiger le dépôt d'un cautionnement en espèces malgré l'existence d'autres formes de mise en liberté. Le juge saisi de la demande de révision insistait pour le dépôt d'argent, ayant adopté l'hypothèse erronée selon laquelle l'argent est plus coercitif qu'un engagement. Cependant, comme je l'ai déjà expliqué, l'engagement est l'équivalent fonctionnel du cautionnement en

where the accused could have entered into a recognizance with a surety (the effect of which is that the surety joins in acknowledging the debt to the Crown).

[53] The bail review judge's second error may in fact have influenced the first. He expressed concern that the "pull of bail" would not be strong enough without a cash deposit. Because the proposed surety was an elderly woman, the bail review judge was concerned that Mr. Antic might believe that a forfeiture proceeding would not be taken against her if he breached his bail terms.

[54] The bail review judge erred in making his decision on the basis of such conjecture. A justice or a judge cannot impose a more onerous form of release solely because he or she speculates that the accused will not believe in the enforceability of a surety or a pledge. The bail system is based on the promises to attend court made by accused persons and on their belief in the consequences that will follow if such promises are broken. As Rosenberg J.A. rightly observed, "if accused came to believe that they could fail to attend court without their sureties suffering any penalty, the surety system would be ineffective": *Canada (Minister of Justice) v. Mirza*, 2009 ONCA 732, 248 C.C.C. (3d) 1, at para. 41.

[55] Parliament expressly authorized the possibility of an accused being released on entering into a recognizance with sureties in the place of cash bail. Justices and judges should not undermine the bail scheme by speculating, contrary to any evidence and to Parliament's intent, that requiring cash will be more effective.

espèces et a le même effet coercitif. Le juge saisi de la demande de révision n'aurait pas dû exiger un dépôt d'argent dans un cas où l'accusé aurait pu contracter un engagement avec caution (ce qui a pour effet que la caution vient s'ajouter à la reconnaissance de dette envers le ministère public).

[53] La deuxième erreur commise par le juge saisi de la demande de révision a de fait peut-être influé sur la première. Celui-ci s'est montré préoccupé par le fait que [TRADUCTION] « l'effet incitatif du cautionnement » ne serait pas assez fort sans un dépôt d'argent. Comme la caution proposée était une femme âgée, le juge saisi de la demande de révision craignait que M. Antic puisse croire qu'on n'introduirait pas de procédure en confiscation contre elle s'il ne respectait pas les conditions de sa mise en liberté.

[54] Le juge saisi de la demande de révision a commis une erreur en rendant sa décision sur la base d'une telle hypothèse. Un juge de paix ou un juge ne peut imposer une forme plus sévère de mise en liberté simplement parce qu'il suppose que l'accusé ne croira pas à la force exécutoire d'une caution ou d'un engagement. Le système de mise en liberté sous caution repose sur les promesses faites par les accusés de se présenter devant le tribunal et sur le fait qu'ils croient aux conséquences qui découleront d'un manquement à ces promesses. Comme le juge Rosenberg l'a à juste titre fait remarquer, [TRADUCTION] « si un accusé en venait à croire qu'il pourrait faire défaut de se présenter devant le tribunal sans que ses cautions ne se voient infliger quelque pénalité que ce soit, le système relatif aux cautions serait inefficace » (*Canada (Minister of Justice) c. Mirza*, 2009 ONCA 732, 248 C.C.C. (3d) 1, par. 41).

[55] Le législateur a expressément prévu la possibilité pour l'accusé d'être mis en liberté moyennant un engagement assorti d'une caution, au lieu du dépôt d'un cautionnement en espèces. Les juges de paix et les juges ne devraient pas miner le régime de mise en liberté sous caution en supposant, à l'encontre de la preuve et de l'intention du législateur, qu'il sera plus efficace d'exiger de l'argent.

[56] Additionally, it now appears obvious that the quantum of the cash deposit set by the bail review judge was beyond the readily available means of the accused and his sureties. Courts have long held that it is impermissible to “fix the amount of a surety or cash deposit so high as to effectively constitute a detention order”, which means that the amount should not be beyond the readily available means of the accused and his or her sureties: *United States of America v. Robertson*, 2013 BCCA 284, 339 B.C.A.C. 199, at para. 22, citing *R. v. Garrington*, [1973] 1 O.R. 370 (H.C.J.), at p. 379. As a result, a justice or a judge setting bail is under a positive obligation “to make inquiries into the ability of the accused to pay”: *R. v. Brost*, 2012 ABQB 696, 552 A.R. 140, at para. 40, citing *R. v. Saunter*, 2006 ABQB 808, at para. 17 (CanLII). At the same time, the amount must be no higher than necessary to satisfy the concern that would otherwise warrant detention.

[57] Even though Mr. Antic testified that he had no assets in Canada and the proposed sureties testified that they did not have ready access to large sums of cash, the bail review judge set his cash bail at \$100,000. Unsurprisingly, it took Mr. Antic many months in custody to raise the money needed to satisfy this release condition. Not only was the bail review judge’s reliance on cash bail unreasonable in that he did not correctly apply the ladder principle, but the quantum he chose also became Mr. Antic’s “*de facto* prison”, which is a sign that the amount may have been set too high.

[58] Parliament limited cash bail for good reason. All the parties and interveners recognized that cash bail can operate unfairly. This is consistent with the findings of Professor Friedland’s study and of the

[56] En outre, il semble maintenant évident que le montant du dépôt d’argent fixé par le juge saisi de la demande de révision allait au-delà des ressources auxquelles l’accusé et ses cautions avaient facilement accès. Les tribunaux ont depuis longtemps établi qu’il n’est pas permis de [TRADUCTION] « fixer un montant de cautionnement ou de dépôt d’argent si élevé qu’il constitue dans les faits une ordonnance de détention »; autrement dit, ce montant ne devrait pas aller au-delà des ressources auxquelles l’accusé et ses cautions ont facilement accès (*United States of America c. Robertson*, 2013 BCCA 284, 339 B.C.A.C. 199, par. 22, citant *R. c. Garrington*, [1973] 1 O.R. 370 (H.C.J.), p. 379). En conséquence, le juge de paix ou le juge appelé à fixer le cautionnement a l’obligation positive [TRADUCTION] « de s’enquérir de la capacité de payer de l’accusé » (*R. c. Brost*, 2012 ABQB 696, 552 A.R. 140, par. 40, citant *R. c. Saunter*, 2006 ABQB 808, par. 17 (CanLII)). En même temps, le montant fixé ne doit pas être plus élevé que nécessaire pour dissiper la préoccupation qui justifierait par ailleurs la détention de l’accusé.

[57] Bien que M. Antic ait déclaré qu’il n’avait aucun bien au Canada et que les cautions proposées aient affirmé qu’elles n’avaient pas facilement accès à des sommes d’argent importantes, le juge saisi de la demande de révision a fixé le cautionnement en espèces à 100 000 \$. Il n’est pas étonnant que M. Antic ait dû passer de nombreux mois en détention afin d’amasser l’argent nécessaire pour satisfaire à cette condition de mise en liberté. Non seulement le juge saisi de la demande de révision a agi de manière déraisonnable en recourant au cautionnement en espèces — et ce, parce qu’il n’a pas correctement appliqué le principe de l’échelle —, mais en plus, le montant qu’il a choisi s’est transformé en un [TRADUCTION] « emprisonnement *de facto* » pour M. Antic, ce qui indique que ce montant était peut-être trop élevé.

[58] Le législateur a limité le cautionnement en espèces pour une bonne raison. Toutes les parties et tous les intervenants ont reconnu que le cautionnement en espèces peut être une cause d’injustice.

Ouimet Report. To interpret s. 515(2)(e) and the scheme governing the forms of release in a way that readily allows for increased resort to cash bail would be contrary to the intent of the *Bail Reform Act* and inconsistent with the right not to be denied reasonable bail without just cause enshrined in the *Charter*.

[59] As this case illustrates, requiring cash as a condition of release has the potential to result in increased incarceration of accused persons. Cash bail does not give impecunious persons greater access to bail. Rather, requiring a cash deposit will often prevent an accused person from being released, as it did for many months in Mr. Antic’s case. Professor Friedland observed in his study that a majority of accused persons who were required to deposit security as a condition of release were unable to raise the necessary funds: *Detention before Trial*, at pp. 130 and 176. An accused person’s release should not be contingent on his or her ability “to marshal funds or property in advance”: *ibid.*, at p. 176.

[60] Had the bail review judge applied the bail provisions properly, Mr. Antic could have been granted reasonable bail. Mr. Antic had suitable sureties and his sureties had available assets, but the judge’s insistence on cash bail led him to err. The bail review judge’s decision should be reversed.

(3) Does Section 515(2)(e) Violate the *Charter*?

[61] In this case, given that s. 515(2)(e) did not have the effect of denying Mr. Antic bail, I cannot conclude that it denies him bail without “just cause”. Thus, the first aspect of the s. 11(e) right

Cette opinion est compatible avec les conclusions de l’étude du professeur Friedland et celles du Rapport Ouimet. Donner à l’al. 515(2)e) et au régime applicable aux formes autorisées de mise en liberté une interprétation ayant pour effet de faciliter un recours accru au cautionnement en espèces irait à l’encontre de l’objet de la *Loi sur la réforme du cautionnement* et serait incompatible avec le droit, consacré par la *Charte*, de ne pas être privé sans juste cause d’une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable.

[59] Comme l’illustre la présente affaire, exiger de l’argent comme condition de la mise en liberté peut se traduire par une augmentation des incarcérations. Le cautionnement en espèces ne donne pas aux personnes impecunieuses un plus grand accès à la mise en liberté sous caution. Le fait d’exiger un dépôt d’argent empêchera souvent l’accusé d’être libéré — comme ce fut le cas pendant plusieurs mois pour M. Antic. Le professeur Friedland a fait observer dans son étude que la majorité des accusés qui étaient obligés de déposer un cautionnement comme condition de leur mise en liberté n’étaient pas en mesure d’amasser les fonds nécessaires (*Detention before Trial*, p. 130 et 176). La mise en liberté d’un accusé ne devrait pas dépendre de sa capacité [TRADUCTION] « à amasser des fonds ou des biens à l’avance » (*ibid.*, p. 176).

[60] Si le juge saisi de la demande de révision avait appliqué les dispositions en matière de mise en liberté sous caution de manière appropriée, M. Antic aurait pu se voir accorder une mise en liberté assortie d’un cautionnement raisonnable. M. Antic avait des cautions convenables et celles-ci disposaient de biens, mais le juge a eu tort d’exiger le dépôt d’un cautionnement en espèces. Sa décision devrait être infirmée.

(3) L’alinéa 515(2)e) viole-t-il la *Charte*?

[61] En l’espèce, comme l’al. 515(2)e) n’a pas eu pour effet de priver M. Antic d’une mise en liberté sous caution, je ne puis conclure qu’il prive celui-ci « sans juste cause » d’une telle mise en liberté. En

not to be denied reasonable bail without just cause is not triggered.

[62] If section 515(2)(e) had imposed a geographical limit on a form of release that performs a function different than that of money, such as a surety, it may indeed have denied an accused bail without just cause. But that is not what is at issue in this case. As I explained above, release with a pledge is functionally the same as release with a cash deposit. The fact that cash bail was not an option in Mr. Antic's case did not have the effect of denying him bail. Because the Crown had justified a monetary condition of release, Mr. Antic or his sureties should have been allowed to pledge money rather than being required to deposit money with the court.

[63] Furthermore, I need not address the second aspect of the s. 11(e) right. Properly interpreted, s. 515(2)(e) does not apply to Mr. Antic and cannot therefore authorize an unreasonable form of release in his case. It is unnecessary to further elaborate on the meaning of reasonable bail.

#### D. *Proper Approach to Bail Moving Forward*

[64] Settling the proper interpretation of s. 515(2)(e) and the scheme governing the forms of release does not resolve one concern that underlies this case. The bail review judge's errors appear to be symptomatic of a widespread inconsistency in the law of bail. One commentator, Kent Roach, observes an element of incongruity in the bail system: "Although the Charter speaks directly to bail, the bottom line so far has been that remand populations and denial of bail have increased dramatically in the Charter era": K. Roach, "A Charter Reality Check: How Relevant Is the Charter to the Justness of Our

conséquence, le premier volet du droit garanti par l'al. 11e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable n'entre pas en jeu.

[62] Si l'alinéa 515(2)e) avait imposé une limite géographique à une forme de mise en liberté jouant un rôle différent de celui exercé par l'argent, telle la mise en liberté avec caution, il aurait pu effectivement priver sans juste cause l'accusé d'une mise en liberté sous caution. Il ne s'agit cependant pas là de la question à résoudre en l'espèce. Comme je l'ai déjà expliqué, la mise en liberté avec engagement est l'équivalent fonctionnel de la mise en liberté assortie d'un dépôt d'argent. Le fait que l'on ne pouvait exiger le dépôt d'un cautionnement en espèces dans le cas de M. Antic n'a pas eu pour effet de priver celui-ci d'une mise en liberté sous caution. Comme le ministère public avait justifié l'imposition d'une condition monétaire de mise en liberté, M. Antic ou ses cautions auraient dû être autorisés à contracter un engagement monétaire, plutôt que d'avoir à effectuer un dépôt d'argent auprès du tribunal.

[63] De plus, je n'ai pas besoin de me prononcer sur le deuxième volet du droit garanti à l'al. 11e). Dûment interprété, l'al. 515(2)e) ne s'applique pas à M. Antic et ne saurait donc autoriser une forme déraisonnable de mise en liberté en ce qui le concerne. Il n'est pas nécessaire de préciser davantage ce qu'il faut entendre par cautionnement raisonnable.

#### D. *L'approche applicable à l'avenir pour l'examen d'une demande de mise en liberté sous caution*

[64] Le fait d'établir l'interprétation à donner à l'al. 515(2)e) ainsi que le régime applicable aux formes autorisées de mise en liberté ne dissipe pas l'une des préoccupations à la base de la présente affaire. Les erreurs commises par le juge saisi de la demande de révision semblent symptomatiques d'une absence généralisée d'uniformité dans l'application des règles de droit relatives à la mise en liberté sous caution. Un auteur, Kent Roach, constate une certaine incohérence dans l'application du régime de mise en liberté sous caution : [TRADUCTION] « Bien que la Charte traite directement de la



Criminal Justice System?” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 717, at p. 727.

[65] Despite the fact that the *Code* applies uniformly across the country some have suggested that courts are applying the pre-trial forms of release differently in different provinces and territories. For instance, Rosenberg J.A., writing for a unanimous five-judge panel of the Court of Appeal for Ontario, recognized that “[t]here may now be an over reliance on sureties” in that province: *Mirza*, at para. 47; see also Canadian Civil Liberties Association and Education Trust, *Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by A. Deshman and N. Myers (2014) (online), at p. 36 (“CCLA Report”); M. L. Friedland, “The *Bail Reform Act* Revisited” (2012), 16 *Can. Crim. L.R.* 315, at p. 321; *R. v. Rowan*, 2011 ONSC 7362, at para. 16 (CanLII). Surety release may also be relied on heavily in Yukon: CCLA Report, at pp. 35-36. In Alberta, some judges and justices are improperly imposing cash bail without seeking the consent of the Crown even though doing so is prohibited by the *Code*: *R. v. Folkes*, 2007 ABQB 624, 430 A.R. 266, at paras. 2 and 13; *Brost*, at para. 32; N. L. Irving, *Alberta Bail Review: Endorsing a Call for Change* (2016) (online), at p. 20. These examples suggest a divergence in the law of bail across this country.

[66] It is time to ensure that the bail provisions are applied consistently and fairly. The stakes are too high for anything less. Pre-trial custody “affects the mental, social, and physical life of the accused and his family” and may also have a “substantial impact on the result of the trial itself”: Friedland, *Detention before Trial*, at p. 172, quoted in *Ell v. Alberta*,

mise en liberté sous caution, ce qu’il faut savoir, en fin de compte, c’est que le nombre de personnes en détention préventive et les refus d’accorder la mise en liberté sous caution ont augmenté considérablement depuis l’avènement de la Charte » (K. Roach, « A Charter Reality Check : How Relevant Is the Charter to the Justness of Our Criminal Justice System? » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 717, p. 727).

[65] Malgré le fait que *Code* doit s’appliquer uniformément partout au pays, certaines sources semblent indiquer que les tribunaux appliquent les formes de mise en liberté avant le procès de manière différente dans diverses provinces et territoires. À titre d’exemple, le juge Rosenberg a reconnu dans l’arrêt unanime qu’il a rédigé au nom d’une formation de cinq juges de la Cour d’appel de l’Ontario qu’[TRADUCTION] « [i] est possible que l’on recoure maintenant trop aux cautions » dans cette province (*Mirza*, par. 47; voir aussi Association canadienne des libertés civiles et le Fidécimmis canadien d’éducation en libertés civiles, *Set Up to Fail : Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, par A. Deshman et N. Myers (2014) (en ligne), p. 36 (« Rapport de l’ACLC »); M. L. Friedland, « The *Bail Reform Act* Revisited » (2012), 16 *Rev. can. D.P.* 315, p. 321; *R. c. Rowan*, 2011 ONSC 7362, par. 16 (CanLII)). Il est également possible que la mise en liberté avec caution soit largement utilisée au Yukon (Rapport de l’ACLC, p. 35-36). En Alberta, certains juges et juges de paix imposent à tort le cautionnement en espèces sans demander le consentement du ministère public, même si cette pratique est interdite par le *Code* (*R. c. Folkes*, 2007 ABQB 624, 430 A.R. 266, par. 2 et 13; *Brost*, par. 32; N. L. Irving, *Alberta Bail Review : Endorsing a Call for Change* (2016) (en ligne), p. 20). Ces exemples tendent à indiquer que les règles de droit relatives à la mise en liberté sous caution sont appliquées de manière divergente à travers le pays.

[66] Le temps est venu de s’assurer que les dispositions relatives à la mise en liberté sous caution soient appliquées de manière uniforme et équitable. Les enjeux sont trop importants pour qu’on se contente de moins. La détention avant le procès [TRADUCTION] « touche aux aspects moral, social et physique de la vie de l’accusé et de sa famille » et

2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at para. 24; see also *Hall*, at para. 59. An accused is presumed innocent and must not find it necessary to plead guilty solely to secure his or her release, nor must an accused needlessly suffer on being released: CCLA Report, at p. 3. Courts must respect the presumption of innocence, “a hallowed principle lying at the very heart of criminal law. . . . [that] confirms our faith in humankind”: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 119-20.

[67] Therefore, the following principles and guidelines should be adhered to when applying the bail provisions in a contested hearing:

- (a) Accused persons are constitutionally presumed innocent, and the corollary to the presumption of innocence is the constitutional right to bail.
- (b) Section 11(e) guarantees both the right not to be denied bail without just cause and the right to bail on reasonable terms.
- (c) Save for exceptions, an unconditional release on an undertaking is the default position when granting release: s. 515(1).
- (d) The ladder principle articulates the manner in which alternative forms of release are to be imposed. According to it, “release is favoured at the earliest reasonable opportunity and, having regard to the [statutory criteria for detention], on the least onerous grounds”: *Anoussis*, at para. 23. This principle must be adhered to strictly.
- (e) If the Crown proposes an alternative form of release, it must show why this form is

peut également avoir une « incidence considérable sur l’issue du procès lui-même » (Friedland, *Detention before Trial*, p. 172, cité dans *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 24; voir aussi *Hall*, par. 59). L’accusé est présumé innocent et il ne doit pas juger nécessaire de plaider coupable dans le seul but d’obtenir sa libération; il ne doit pas non plus souffrir inutilement pendant qu’il est en liberté (Rapport de l’ACLC, p. 3). Les tribunaux doivent respecter la présomption d’innocence, « un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel. [. . .] [et qui] confirme notre foi en l’humanité » (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 119-120).

[67] En conséquence, les principes et les lignes directrices à suivre pour l’application des dispositions en matière de liberté sous caution lors d’une audience contestée sont les suivants :

- a) Les accusés jouissent du droit constitutionnel à la présomption d’innocence, présomption dont le corollaire est le droit constitutionnel à la mise en liberté sous caution.
- b) L’alinéa 11e) garantit tant le droit de ne pas être privé d’une mise en liberté sous caution sans juste cause que le droit à une mise en liberté sous caution assortie de conditions raisonnables.
- c) Sauf exceptions, une mise en liberté inconditionnelle sur remise d’une promesse constitue la solution par défaut à adopter lorsqu’il s’agit d’accorder une mise en liberté (par. 515(1)).
- d) Le principe de l’échelle énonce la manière dont d’autres formes de mise en liberté doivent être imposées. Il exige qu’on [TRADUCTION] « favorise la mise en liberté à la première occasion raisonnable et, eu égard [aux critères légaux de détention], aux conditions les moins sévères possible » (*Anoussis*, par. 23). Ce principe doit être suivi rigoureusement.
- e) S’il propose une autre forme de mise en liberté, le ministère public doit démontrer la

- necessary. The more restrictive the form of release, the greater the burden on the accused. Thus, a justice of the peace or a judge cannot impose a more restrictive form of release unless the Crown has shown it to be necessary having regard to the statutory criteria for detention.
- (f) Each rung of the ladder must be considered individually and must be rejected before moving to a more restrictive form of release. Where the parties disagree on the form of release, it is an error of law for a justice or a judge to order a more restrictive form of release without justifying the decision to reject the less onerous forms.
- (g) A recognizance with sureties is one of the most onerous forms of release. A surety should not be imposed unless all the less onerous forms of release have been considered and rejected as inappropriate.
- (h) It is not necessary to impose cash bail on accused persons if they or their sureties have reasonably recoverable assets and are able to pledge those assets to the satisfaction of the court to justify their release. A recognizance is functionally equivalent to cash bail and has the same coercive effect. Thus, under s. 515(2)(d) or s. 515(2)(e), cash bail should be relied on only in exceptional circumstances in which release on a recognizance with sureties is unavailable.
- (i) When such exceptional circumstances exist and cash bail is ordered, the amount must not be set so high that it effectively amounts to a detention order, which means that the amount should not be beyond the readily available means of the accused and his or her sureties. As a corollary to this, the justice or judge is
- nécessité de celle-ci. Plus la forme de mise en liberté est restrictive, plus lourd est le fardeau imposé à l'accusé. En conséquence, un juge de paix ou un juge ne peut imposer une forme plus restrictive de mise en liberté que si le ministère public a démontré que celle-ci est nécessaire eu égard aux critères légaux de détention.
- f) Chaque échelon de l'échelle doit être examiné de façon individuelle et doit être écarté avant qu'il soit possible de passer à une forme plus restrictive de mise en liberté. En cas de désaccord des parties sur la forme de mise en liberté à accorder, le juge de paix ou le juge commet une erreur de droit en ordonnant une forme plus restrictive de mise en liberté sans justifier sa décision d'écarter les formes moins sévères.
- g) La mise en liberté avec engagement et caution est l'une des formes les plus sévères de mise en liberté. Une caution ne devrait être exigée que dans le cas où toutes les formes moins sévères de mise en liberté ont été examinées et écartées en raison de leur caractère inapproprié.
- h) Il n'est pas nécessaire d'imposer un cautionnement en espèces à des accusés si eux-mêmes ou leurs cautions possèdent des biens recouvrables par des moyens raisonnables et s'ils sont en mesure, à la satisfaction du tribunal, de mettre ceux-ci en gage pour justifier la mise en liberté. Un engagement est l'équivalent fonctionnel du cautionnement en espèces et a le même effet coercitif. En conséquence, sous le régime des al. 515(2)d) ou 515(2)e), le cautionnement en espèces ne devrait être imposé qu'en présence de circonstances exceptionnelles où un engagement avec caution est impossible.
- i) Lorsque de telles circonstances exceptionnelles existent et qu'un cautionnement en espèces est ordonné, le montant fixé ne doit pas être élevé au point où il équivaut dans les faits à une ordonnance de détention; autrement dit, ce montant ne devrait pas aller au-delà des ressources auxquelles l'accusé

under a positive obligation, when setting the amount, to inquire into the ability of the accused to pay. The amount of cash bail must be no higher than necessary to satisfy the concern that would otherwise warrant detention and proportionate to the means of the accused and the circumstances of the case.

- (j) Terms of release imposed under s. 515(4) may “only be imposed to the extent that they are necessary” to address concerns related to the statutory criteria for detention and to ensure that the accused can be released.<sup>5</sup> They must not be imposed to change an accused person’s behaviour or to punish an accused person.
- (k) Where a bail review is applied for, the court must follow the bail review process set out in *St-Cloud*.

[68] Of course, it often happens that the Crown and the accused negotiate a plan of release and present it on consent. Consent release is an efficient method of achieving the release of an accused, and the principles and guidelines outlined above do not apply strictly to consent release plans. Although a justice or a judge should not routinely second-guess joint proposals by counsel, he or she does have the discretion to reject one. Joint proposals must be premised on the statutory criteria for detention and the legal framework for release.

<sup>5</sup> Trotter, at p. 6–4. See e.g. *Re Keenan and The Queen* (1979), 57 C.C.C. (2d) 267 (Que. C.A.); *Anoussis*, at para. 17; *R. v. Brown* (1974), 21 C.C.C. (2d) 575 (Ont. C.A.); *R. v. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL); *R. v. G. (C.A.)*, 2014 ABQB 119, 306 C.R.R. (2d) 288, at para. 18; *R. v. Omeasoo*, 2013 ABPC 328, 576 A.R. 357, at para. 30; *R. v. Patko*, 2005 BCCA 183, 197 C.C.C. (3d) 192, at paras. 19 and 23.

et ses cautions ont facilement accès. Corollairement, le juge de paix ou le juge a, au moment de l’établissement du montant du cautionnement, l’obligation positive de s’enquérir de la capacité de l’accusé de payer. Le montant fixé ne doit pas être plus élevé que nécessaire pour dissiper la préoccupation qui justifierait par ailleurs la détention de l’accusé, et doit être proportionné aux moyens de l’accusé et aux circonstances de l’affaire.

- j) Les conditions de mise en liberté visées au par. 515(4) ne peuvent [TRADUCTION] « être imposées que dans la mesure où elles sont nécessaires » pour dissiper les préoccupations liées aux critères légaux de détention et pour permettre la mise en liberté de l’accusé<sup>5</sup>. Elles ne doivent pas être imposées pour modifier le comportement de l’accusé ou pour le punir.
- k) Lorsqu’une demande de révision d’une ordonnance relative à la mise en liberté sous caution lui est présentée, le tribunal doit suivre le processus de révision applicable à cet égard énoncé dans *St-Cloud*.

[68] Bien entendu, il arrive souvent que le ministre public et l’accusé négocient un plan de libération et le soumettent de consentement. La mise en liberté avec consentement est une méthode efficace pour obtenir la mise en liberté d’un accusé. De plus, les principes et les lignes directrices susmentionnés ne s’appliquent pas de manière stricte aux plans de mise en liberté de consentement. Même s’il ne devrait pas systématiquement remettre en question les propositions conjointes des avocats, un juge de paix ou un juge a le pouvoir discrétionnaire de rejeter une telle proposition. Les propositions conjointes doivent se fonder sur les critères légaux de détention et sur le cadre légal régissant la mise en liberté.

<sup>5</sup> Trotter, p. 6–4. Voir p. ex. *Keenan c. Stalker Mun. J.* (1979), 12 C.R. (3d) 135 (C.A. Qc); *Anoussis*, par. 17; *R. c. Brown* (1974), 21 C.C.C. (2d) 575 (C.A. Ont.); *R. c. D.A.*, 2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL); *R. c. G. (C.A.)*, 2014 ABQB 119, 306 C.R.R. (2d) 288, par. 18; *R. c. Omeasoo*, 2013 ABPC 328, 576 A.R. 357, par. 30; *R. c. Patko*, 2005 BCCA 183, 197 C.C.C. (3d) 192, par. 19 et 23.

*E. Remedy*

[69] Given the bail review judge's errors, I must reverse his declaration of unconstitutionality. Because Mr. Antic is ordinarily resident in the province of Ontario, his release order is no longer legal. Cash-plus-surety release is not available to local accused persons under s. 515(2)(e). This leaves Mr. Antic without a release order.

[70] At the hearing, the Crown consented to Mr. Antic's release with only a cash deposit under s. 515(2)(d), which means that the money he has deposited would remain with the court. This would relieve Mr. Antic's surety of her duties.

[71] Given the Crown's consent, I would order that Mr. Antic's release order be replaced with one for his release under s. 515(2)(d). As I explained above, cash bail is generally inappropriate in a case such as this in which the accused has a surety and his surety has assets to pledge. But Mr. Antic is out on bail and does not need to be reincarcerated. Since he has already posted the cash deposit, the simplest way to keep Mr. Antic out of custody is to convert his form of release to cash-only bail. Although the quantum of bail may also be excessive, it would be inappropriate for this Court to vary the amount without the benefit of evidence from Mr. Antic and the Crown. The release order should retain the other conditions imposed by the bail review judge. Mr. Antic and the Crown retain the right to seek a variation of the release order.

*F. Disposition*

[72] I would allow the appeal, reverse the declaration of unconstitutionality and replace the cash-plus-surety release ordered by the bail review judge

*E. Réparation*

[69] Compte tenu des erreurs commises par le juge saisi de la demande de révision, je dois infirmer sa déclaration d'inconstitutionnalité. Comme M. Antic réside ordinairement dans la province de l'Ontario, son ordonnance de mise en liberté n'est plus légale. Suivant l'al. 515(2)e), la mise en liberté avec dépôt d'argent et caution ne peut être ordonnée à l'égard d'accusés dont la résidence est située dans le secteur où ils sont sous garde. M. Antic se retrouve donc sans ordonnance de mise en liberté.

[70] À l'audience, le ministère public a consenti à la libération de M. Antic avec dépôt d'argent seulement conformément à l'al. 515(2)d), ce qui signifie que l'argent déposé par celui-ci demeurerait au tribunal. La caution de M. Antic serait donc libérée de ses obligations.

[71] Vu le consentement du ministère public, j'ordonnerais que l'ordonnance de mise en liberté de M. Antic soit remplacée par une ordonnance de mise en liberté conforme à l'al. 515(2)d). Comme je l'ai expliqué, il est généralement inapproprié d'ordonner un cautionnement en espèces dans un cas comme celui qui nous occupe où l'accusé a une caution et où celle-ci dispose de biens à mettre en gage. Toutefois, M. Antic est en liberté sous caution et n'a pas besoin d'être réincarcéré. Comme il a déjà fait le dépôt d'argent, la façon la plus simple de maintenir M. Antic en liberté consiste à convertir sa forme de mise en liberté en une mise en liberté avec cautionnement en espèces seulement. Bien qu'il soit aussi possible que le montant du cautionnement soit excessif, il serait inopportun pour la Cour de modifier celui-ci sans disposer d'une preuve de M. Antic et du ministère public. L'ordonnance de mise en liberté devrait maintenir les autres conditions imposées par le juge saisi de la demande de révision. M. Antic et le ministère public conservent le droit de demander une modification de l'ordonnance de mise en liberté.

*F. Dispositif*

[72] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la déclaration d'inconstitutionnalité, et de remplacer l'ordonnance de mise en liberté avec dépôt

with a cash-only release on the same terms as those that he imposed.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Simcoe Chambers, Toronto; Chris Sewrattan, Toronto.*

d'argent et caution prononcée par le juge saisi de la demande de révision par une ordonnance de mise en liberté avec dépôt d'argent seulement, assortie des mêmes conditions que celles imposées par celui-ci.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Simcoe Chambers, Toronto; Chris Sewrattan, Toronto.*

**Mohsen Saadati, by his Litigation Guardian,  
Sara Zarei** *Appellant*

v.

**Grant Iain Moorhead,  
Able Leasing (2001) Ltd. and  
Thi Hao Hoang** *Respondents*

and

**Insurance Bureau of Canada** *Intervener*

**INDEXED AS: SAADATI v. MOORHEAD**

**2017 SCC 28**

File No.: 36703.

2017: January 16; 2017: June 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Torts — Negligence — Motor vehicles — Mental injury — Damages — Claimant suing in negligence as result of motor vehicle accident — Trial judge awarding claimant damages for mental injury based on testimony of lay witnesses rather than on expert evidence establishing identified medical cause — What constitutes mental injury — Whether recovery for mental injury requires expert evidence or other proof of recognized psychiatric illness — Whether claimant sustained damage — Whether matter should be remanded to Court of Appeal.*

S's tractor-truck was struck by a vehicle driven by M. This accident was the second in a series of five motor vehicle collisions involving S. S had suffered chronic pain since the first accident, which was later aggravated by the third accident. S sued M and the other defendants in negligence, seeking damages for non-pecuniary loss and past income loss arising from the second accident. The trial judge found that the second accident caused S psychological injuries, including personality change and cognitive difficulties. This finding did not rest on an identified medical cause or expert evidence, but was based on

**Mohsen Saadati, représenté par sa tutrice à  
l'instance, Sara Zarei** *Appelant*

c.

**Grant Iain Moorhead,  
Able Leasing (2001) Ltd. et  
Thi Hao Hoang** *Intimés*

et

**Bureau d'assurance du Canada** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : SAADATI c. MOORHEAD**

**2017 CSC 28**

N° du greffe : 36703.

2017 : 16 janvier; 2017 : 2 juin.

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

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

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Véhicules automobiles — Préjudice mental — Dommages-intérêts — Poursuite pour négligence par suite d'un accident de la route — Octroi en première instance d'une indemnité pour préjudice mental sur la foi du témoignage de profanes plutôt qu'à partir d'une preuve d'expert établissant un diagnostic précis — En quoi consiste le préjudice mental? — Sa réparation exige-t-elle le témoignage d'un expert ou quelque autre preuve d'un trouble psychiatrique reconnu? — Le demandeur a-t-il subi un préjudice? — L'affaire devrait-elle être renvoyée à la Cour d'appel?*

Le camion-tracteur de S a été heurté par le véhicule que conduisait M. Cet accident de la route était le deuxième d'une série de cinq subis par S. Depuis le premier accident, S souffrait de douleurs chroniques, et celles-ci s'étaient aggravées après le troisième. S a poursuivi M et les autres défendeurs pour négligence. Il demandait une indemnité pour perte non pécuniaire et pour perte de revenus antérieure attribuables au deuxième accident. Le juge de première instance a conclu que le deuxième accident avait infligé à S des préjudices psychologiques, dont un changement de personnalité et des problèmes cognitifs. Sa

the testimony of S's friends and family to the effect that S's personality had changed for the worse after the accident. The trial judge further found that the mental injury originally caused by the second accident was indivisible from any injury caused by the third accident and awarded S \$100,000 for non-pecuniary damages. The Court of Appeal allowed the appeal on the ground that S had not demonstrated by expert evidence a medically recognized psychiatric or psychological injury. It also observed that the trial judge had erred by deciding the case on a basis neither pleaded nor argued by S.

*Held:* The appeal should be allowed and the trial judge's award restored.

The trial judge's award for mental injury was not made in breach of procedural fairness. While cases should not be decided on grounds not raised, in claims for negligently caused mental injury, it is generally sufficient that the pleadings allege some form of such injury. The many allegations of mental injury in S's oral and written closing submissions, combined with the broad heads of damage alleged in the pleadings, provided ample notice to the defendants of the case which they had to answer, and they did not object to these allegations.

Recovery for mental injury in negligence law depends upon the claimant satisfying the criteria applicable to any successful action in negligence: a duty of care, a breach, damage, and a legal and factual causal relationship between the breach and the damage. Canadian negligence law recognizes that a duty exists at common law to take reasonable care to avoid causing foreseeable mental injury, and that this cause of action protects a right to be free from negligent interference with one's mental health. The ordinary duty of care analysis is therefore to be applied to claims for negligently caused mental injury. In particular, liability for mental injury must be confined to claims which satisfy the proximity analysis within the duty of care framework and the remoteness inquiry.

A finding of legally compensable mental injury need not rest, in whole or in part, on the claimant proving a

conclusion ne prenait pas appui sur un diagnostic précis ou sur le témoignage d'un expert, mais bien sur le témoignage de proches selon lesquels, après l'accident, la personnalité de S s'était détériorée. Il a conclu en outre que le préjudice mental infligé initialement par le deuxième accident était indissociable de tout préjudice infligé par le troisième accident. Il a accordé à S 100 000 \$ à titre de dommages-intérêts non pécuniaires. La Cour d'appel a accueilli l'appel au motif que S n'avait pas établi, au moyen d'une preuve d'expert, un préjudice correspondant à un trouble psychiatrique ou psychologique médicalement reconnu. Elle a également estimé que le juge de première instance avait commis l'erreur de statuer à partir de moyens que S n'avait ni plaidés ni invoqués.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et l'indemnisation accordée en première instance est rétablie.

L'octroi en première instance d'une indemnité pour préjudice mental ne contrevient pas à l'équité procédurale. Bien qu'une affaire ne doive pas être jugée à partir de moyens qui n'ont pas été invoqués, dans le cas d'une allégation de préjudice mental causé par la négligence, il suffit en règle générale que les actes de procédure fassent état de quelque manifestation d'un tel préjudice. Les nombreuses allégations d'un préjudice mental dans les plaidoiries orale et écrite finales de S, jumelées à la nature générale des composants du préjudice allégué dans les actes de procédure ont amplement fait connaître aux défendeurs les arguments auxquels ils devaient répondre, et ces derniers ne se sont opposés à aucune de ces allégations.

En droit de la négligence, l'indemnisation du préjudice mental exige du demandeur qu'il satisfasse aux conditions auxquelles la négligence peut être établie, c'est-à-dire prouver l'existence d'une obligation de diligence, d'un manquement, d'un préjudice et d'un lien de causalité factuel et juridique entre le manquement et le préjudice. Le droit canadien de la négligence reconnaît l'existence en common law d'une obligation de prendre des mesures raisonnables afin qu'un préjudice mental prévisible ne soit pas causé et que la cause d'action qui en découle garantisse le droit d'être protégé contre l'atteinte par négligence à sa santé mentale. L'analyse que commande habituellement l'obligation de diligence vaut donc pour le préjudice mental imputé à la négligence. Plus précisément, la responsabilité du préjudice mental ne doit être reconnue que lorsque la demande satisfait aux exigences de proximité pour les besoins de l'obligation de diligence et au critère du caractère éloigné du préjudice.

Le demandeur n'est pas légalement tenu de prouver en tout ou en partie l'existence d'un trouble psychiatrique



recognized psychiatric injury. The law of negligence accords identical treatment to mental and physical injury. Requiring claimants who allege mental injury to prove that their condition meets the threshold of recognizable psychiatric illness, while not imposing a corresponding requirement upon claimants alleging physical injury to show that their condition carries a certain classificatory label, would accord unequal protection to victims of mental injury. Distinct rules which operate to preclude liability in cases of mental injury, but not in cases of physical injury, should not be erected. The elements of the cause of action of negligence, together with the threshold stated in *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, for proving mental injury, furnish a sufficiently robust array of protections against unworthy claims.

Furthermore, confining compensable mental injury to conditions that are identifiable with reference to psychiatric diagnostic tools is inherently suspect as a matter of legal methodology. While, for treatment purposes, an accurate diagnosis is obviously important, a trier of fact adjudicating a claim of mental injury is not concerned with diagnosis, but with symptoms and their effects. There is no necessary relationship between reasonably foreseeable mental injury and a diagnostic classification scheme. A negligent defendant need only be shown to have foreseen injury, and not a particular psychiatric illness that comes with its own label. The trier of fact's inquiry should be directed to the level of harm that the claimant's particular symptoms represent, not to whether a label could be attached to them.

To establish mental injury, claimants must show that the disturbance is serious and prolonged and rises above the ordinary annoyances, anxieties and fears that come with living in civil society. Expert evidence can assist in determining whether or not a mental injury has been shown, but where a psychiatric diagnosis is unavailable, it remains open to a trier of fact to find on other evidence adduced by the claimant that he or she has proven on a balance of probabilities the occurrence of mental injury. It also remains open to the defendant, in rebutting a claim, to call expert evidence establishing that the accident cannot have caused any mental injury, or at least any mental injury known to psychiatry.

reconnu pour que l'on puisse conclure au caractère indemnisable du préjudice mental. Le droit de la négligence réserve un traitement identique aux préjudices mental et physique. Obliger le demandeur qui allègue un préjudice mental à prouver que son état correspond à un trouble psychiatrique reconnaissable, c'est-à-dire le contraindre à prouver que son état est dûment répertorié, sans faire la même obligation au demandeur qui allègue un préjudice physique, revient à accorder une protection inégale à la victime d'un préjudice mental. Des règles distinctes qui écartent la responsabilité dans le cas d'un préjudice mental, mais non dans le cas d'un préjudice physique, ne sauraient s'appliquer. Les éléments requis pour qu'il y ait une cause d'action en négligence, de même que les exigences de la Cour suivant l'arrêt *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, lorsqu'il s'agit de prouver le préjudice mental, font suffisamment obstacle aux réclamations infondées.

Qui plus est, n'indemniser le préjudice mental que s'il correspond à un état susceptible d'être déterminé au moyen d'outils diagnostiques se révèle intrinsèquement suspect sur le plan de la méthodologie juridique. Un diagnostic précis est assurément important sous l'angle thérapeutique, mais le juge des faits appelé à statuer sur une allégation de préjudice mental ne s'intéresse pas au diagnostic, mais aux symptômes et à leurs conséquences. Point n'est besoin d'établir un lien entre le préjudice mental raisonnablement prévisible et un système de classification permettant le diagnostic. Il suffit de prouver que le défendeur négligent a prévu le préjudice, non un préjudice correspondant à un trouble psychiatrique dûment répertorié. L'examen du juge des faits doit porter sur l'ampleur du préjudice infligé au demandeur par ses symptômes, non sur l'appellation qui pourrait y être accolée.

Pour prouver l'existence d'un préjudice mental, le demandeur doit établir que le préjudice subi est grave et de longue durée et qu'il ne s'agit pas simplement des désagréments, angoisses et craintes ordinaires inhérents à la vie en société. La preuve d'expert peut être utile pour décider si l'existence d'un préjudice mental a été établie ou non, mais en l'absence d'un diagnostic psychiatrique, il demeure loisible au juge des faits de conclure, à la lumière des éléments de preuve offerts, que le demandeur a prouvé l'existence d'un préjudice mental selon la prépondérance des probabilités. Le défendeur peut également réfuter l'allégation en faisant témoigner un expert pour établir que l'accident n'a pu avoir causé quelque préjudice mental ou, du moins, quelque préjudice mental connu en psychiatrie.

In the instant case, the trial judge accepted evidence that clearly showed a serious and prolonged disruption that transcended ordinary emotional upset or distress. These findings have not been challenged and are entitled to appellate deference. There is no legal error in the trial judge's treatment of the evidence of S's symptoms as supporting a finding of mental injury, even in the absence of expert testimony associating them with an identified condition.

It would not be just in the circumstances to remand this matter to the Court of Appeal on the questions of indivisible injury and the damage award. The indivisibility of two injuries is a finding of fact, which is entitled to deference. In addition, without full submissions and a pertinent lower court record, this is not an appropriate case to decide the effect of workers' compensation legislation on the divisibility of injuries. Similarly, the trial judge's damage award is reasonable, supported by the record, and fairly compensates S's loss. It should therefore be restored.

### Cases Cited

**Applied:** *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, aff'g (2006), 84 O.R. (3d) 457; **referred to:** *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Bradley v. Groves*, 2010 BCCA 361, 326 D.L.R. (4th) 732; *Insurance Corp. of British Columbia v. Patko*, 2008 BCCA 65, 290 D.L.R. (4th) 687; *Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74; *Burgsteden v. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562; *R. v. E.M.W.*, 2011 SCC 31, [2011] 2 S.C.R. 542; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Renard*, 2008 BCCA 343, 298 D.L.R. (4th) 216; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *McLoughlin v. O'Brian*, [1983] 1 A.C. 410; *Miner v. Canadian Pacific Railway Co.* (1911), 18 W.L.R. 476; *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669; *Hambrook v. Stokes Brothers*, [1925] 1 K.B. 141; *Horne v. New Glasgow*, [1954] 1 D.L.R. 832; *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1992] 1 A.C. 310; *Page v. Smith*, [1996] 1 A.C. 155; *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1999] 2 A.C. 455; *Tame v. New South Wales*, [2002] HCA 35, 211 C.L.R. 317; *Beecham v. Hughes* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 1; *Rhodes v. Canadian National Railway* (1990), 75 D.L.R. (4th) 248; *Toronto Railway Co. v. Toms* (1911), 44 S.C.R. 268; *Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537;

Dans la présente affaire, la preuve admise en première instance démontre à l'évidence l'existence d'un dérèglement grave et de longue durée qui va au-delà des contrariétés émotionnelles ou angoisses ordinaires. Cette conclusion n'est pas contestée et, s'agissant d'une conclusion de fait, elle commande la déférence en appel. Aucune erreur de droit n'entache la conclusion du juge de première instance selon laquelle la preuve des symptômes de S établit l'existence d'un préjudice mental malgré l'absence d'un témoignage d'expert associant ces symptômes à un état dûment répertorié.

Renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur le caractère indivisible du préjudice et sur le montant de l'indemnité ne constituerait pas une mesure appropriée. L'indissociabilité de deux préjudices est une conclusion de fait et commande la déférence. En outre, faute d'observations complètes dans le cadre du pourvoi et d'éléments pertinents dans le dossier de première instance, la présente affaire ne se prête pas à une décision concernant l'effet des dispositions relatives à l'indemnisation des accidentés du travail sur la dissociabilité des préjudices. Par ailleurs, le montant déterminé par le juge est raisonnable et en adéquation avec le dossier, et il indemnise convenablement S de la perte qu'il a subie. Il y a donc lieu de le rétablir.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, conf. (2006), 84 O.R. (3d) 457; **arrêts mentionnés :** *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Bradley c. Groves*, 2010 BCCA 361, 326 D.L.R. (4th) 732; *Insurance Corp. of British Columbia c. Patko*, 2008 BCCA 65, 290 D.L.R. (4th) 687; *Rodaro c. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74; *Burgsteden c. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562; *R. c. E.M.W.*, 2011 CSC 31, [2011] 2 R.C.S. 542; *Canada Trustco Mortgage Co. c. Renard*, 2008 BCCA 343, 298 D.L.R. (4th) 216; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *McLoughlin c. O'Brian*, [1983] 1 A.C. 410; *Miner c. Canadian Pacific Railway Co.* (1911), 18 W.L.R. 476; *Dulieu c. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669; *Hambrook c. Stokes Brothers*, [1925] 1 K.B. 141; *Horne c. New Glasgow*, [1954] 1 D.L.R. 832; *Alcock c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1992] 1 A.C. 310; *Page c. Smith*, [1996] 1 A.C. 155; *White c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1999] 2 A.C. 455; *Tame c. New South Wales*, [2002] HCA 35, 211 C.L.R. 317; *Beecham c. Hughes* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 1; *Rhodes c. Canadian National Railway* (1990), 75 D.L.R. (4th) 248; *Toronto Railway Co. c. Toms* (1911), 44 R.C.S. 268; *Bourhill c. Young*, [1943] A.C. 92; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC

*Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hinz v. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40; *McDermott v. Ramadanovic Estate* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 45; *Cox v. Fleming* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 201; *Mason v. Westside Cemeteries Ltd.* (1996), 135 D.L.R. (4th) 361; *Flett v. Maxwell*, [1996] B.C.J. No. 1455 (QL); *Vanek v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228; *Healey v. Lakeridge Health Corp.*, 2011 ONCA 55, 103 O.R. (3d) 401; *Frazer v. Haukioja*, 2010 ONCA 249, 101 O.R. (3d) 528; *Kotai v. “Queen of the North” (The)*, 2009 BCSC 1405, 70 C.C.L.T. (3d) 221; *Young v. Borzoni*, 2007 BCCA 16, 277 D.L.R. (4th) 685; *Graham v. MacMillan*, 2003 BCCA 90, 15 C.C.L.T. (3d) 155; *Koerfer v. Davies*, [1994] O.J. No. 1408 (QL); *Duwyn v. Kaprielian* (1978), 22 O.R. (2d) 736; *van Soest v. Residual Health Management Unit*, [1999] NZCA 206, [2000] 1 N.Z.L.R. 179; *Sutherland v. Hatton*, [2002] EWCA Civ 76, [2002] 2 All E.R. 1; *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Pinch v. Hofstee*, 2015 BCSC 1888; *Zawadzki v. Calimoso*, 2011 BCSC 45; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, art. 1457.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 46.1.  
*Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, s. 10.

### Authors Cited

American Psychiatric Association. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5th ed. Arlington, Va.: American Psychiatric Association, 2013.

Beever, Allan. *Rediscovering the Law of Negligence*. Oxford: Hart, 2007.

Bélanger-Hardy, Louise. “Reconsidering the ‘Recognizable Psychiatric Illness’ Requirement in Canadian Negligence Law” (2013), 38 *Queen’s L.J.* 583.

Bélanger-Hardy, Louise. “Thresholds of Actionable Mental Harm in Negligence: A Policy-Based Analysis” (2013), 36 *Dal. L.J.* 103.

Bryant, Richard A. “Grief as a psychiatric disorder” (2012), 201 *Brit. J. Psychiatry* 9.

Cochran, Susan D., et al. “Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)*” (2014), 92 *Bull. World Health Organ.* 672.

Drescher, Jack. “Out of DSM: Depathologizing Homosexuality” (2015), 5 *Behav. Sci.* 565.

Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, 3rd ed. by G. H. L. Fridman et al. Toronto: Carswell, 2010.

79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hinz c. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40; *McDermott c. Ramadanovic Estate* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 45; *Cox c. Fleming* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 201; *Mason c. Westside Cemeteries Ltd.* (1996), 135 D.L.R. (4th) 361; *Flett c. Maxwell*, [1996] B.C.J. No. 1455 (QL); *Vanek c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228; *Healey c. Lakeridge Health Corp.*, 2011 ONCA 55, 103 O.R. (3d) 401; *Frazer c. Haukioja*, 2010 ONCA 249, 101 O.R. (3d) 528; *Kotai c. « Queen of the North » (The)*, 2009 BCSC 1405, 70 C.C.L.T. (3d) 221; *Young c. Borzoni*, 2007 BCCA 16, 277 D.L.R. (4th) 685; *Graham c. MacMillan*, 2003 BCCA 90, 15 C.C.L.T. (3d) 155; *Koerfer c. Davies*, [1994] O.J. No. 1408 (QL); *Duwyn c. Kaprielian* (1978), 22 O.R. (2d) 736; *van Soest c. Residual Health Management Unit*, [1999] NZCA 206, [2000] 1 N.Z.L.R. 179; *Sutherland c. Hatton*, [2002] EWCA Civ 76, [2002] 2 All E.R. 1; *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Pinch c. Hofstee*, 2015 BCSC 1888; *Zawadzki c. Calimoso*, 2011 BCSC 45; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, art. 1457.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 46.1.  
*Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, art. 10.

### Doctrine et autres documents cités

American Psychiatric Association. *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 5<sup>e</sup> éd., coord. gén. de la trad. : Marc-Antoine Crocq et Julien Daniel Guelfi, Issy-les-Moulineaux (Fr.), Elsevier Masson, 2015.

Beever, Allan. *Rediscovering the Law of Negligence*, Oxford, Hart, 2007.

Bélanger-Hardy, Louise. « Reconsidering the “Recognizable Psychiatric Illness” Requirement in Canadian Negligence Law » (2013), 38 *Queen’s L.J.* 583.

Bélanger-Hardy, Louise. « Thresholds of Actionable Mental Harm in Negligence : A Policy-Based Analysis » (2013), 36 *Dal. L.J.* 103.

Bryant, Richard A. « Grief as a psychiatric disorder » (2012), 201 *Brit. J. Psychiatry* 9.

Cochran, Susan D., et al. « Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)* » (2014), 92 *Bull. World Health Organ.* 672.

Drescher, Jack. « Out of DSM : Depathologizing Homosexuality » (2015), 5 *Behav. Sci.* 565.

- Gray, John E., Margaret Shone and Peter F. Liddle. *Canadian Mental Health Law and Policy*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Jones, Michael A. “Liability for Psychiatric Damage: Searching for a Path between Pragmatism and Principle”, in Jason W. Neyers, Erika Chamberlain and Stephen G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law*. Oxford: Hart, 2007, 113.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2012.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.
- Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 7th ed. by Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Oxford: Clarendon Press, 2013.
- Mulheron, Rachael. “Rewriting the Requirement for a ‘Recognized Psychiatric Injury’ in Negligence Claims” (2012), 32 *Oxford J. Leg. Stud.* 77.
- Mullany, Nicholas J., and Peter R. Handford. *Tort Liability for Psychiatric Damage*. Sydney, N.S.W.: Law Book Co., 1993.
- Ripstein, Arthur. *Private Wrongs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2016.
- Stapleton, Jane. “In Restraint of Tort”, in Peter Birks, ed., *The Frontiers of Liability*, vol. 2. New York: Oxford University Press, 1994, 83.
- Stevens, Robert. *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Teff, Harvey. *Causing Psychiatric and Emotional Harm: Reshaping the Boundaries of Legal Liability*. Oxford: Hart, 2009.
- Todd, Stephen, et al. *The Law of Torts in New Zealand*, 5th ed. Wellington, N.Z.: Brookers, 2009.
- World Health Organization. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*, 10th rev. Geneva: W.H.O., 1992.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, 3rd ed. by G. H. L. Fridman et al., Toronto, Carswell, 2010.
- Gray, John E., Margaret Shone and Peter F. Liddle. *Canadian Mental Health Law and Policy*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2008.
- Jones, Michael A. « Liability for Psychiatric Damage : Searching for a Path between Pragmatism and Principle », in Jason W. Neyers, Erika Chamberlain and Stephen G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law*, Oxford, Hart, 2007, 113.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 5th ed., Toronto, Carswell, 2012.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.
- Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 7th ed. by Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis, Oxford, Clarendon Press, 2013.
- Mulheron, Rachael. « Rewriting the Requirement for a “Recognized Psychiatric Injury” in Negligence Claims » (2012), 32 *Oxford J. Leg. Stud.* 77.
- Mullany, Nicholas J., and Peter R. Handford. *Tort Liability for Psychiatric Damage*, Sydney (N.S.W.), Law Book Co., 1993.
- Organisation mondiale de la Santé. *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes*, 10<sup>e</sup> rév., Genève, O.M.S., 1993.
- Ripstein, Arthur. *Private Wrongs*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2016.
- Stapleton, Jane. « In Restraint of Tort », in Peter Birks, ed., *The Frontiers of Liability*, vol. 2, New York, Oxford University Press, 1994, 83.
- Stevens, Robert. *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Teff, Harvey. *Causing Psychiatric and Emotional Harm : Reshaping the Boundaries of Legal Liability*, Oxford, Hart, 2009.
- Todd, Stephen, et al. *The Law of Torts in New Zealand*, 5th ed., Wellington (N.Z.), Brookers, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Chiasson and Frankel J.J.A.), 2015 BCCA 393, 81 B.C.L.R. (5th) 1, 377 B.C.A.C. 106, 648 W.A.C. 106, 23 C.C.L.T. (4th) 177, 390 D.L.R. (4th) 63, [2016] 4 W.W.R. 259, [2015] B.C.J. No. 2027 (QL), 2015 CarswellBC 2694 (WL Can.), setting aside a decision of Funt J., 2014 BCSC 1365, [2014] B.C.J. No. 1898 (QL), 2014 CarswellBC 2133 (WL Can.). Appeal allowed.

*Dairn Shane and Joseph Fearon*, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Chiasson et Frankel), 2015 BCCA 393, 81 B.C.L.R. (5th) 1, 377 B.C.A.C. 106, 648 W.A.C. 106, 23 C.C.L.T. (4th) 177, 390 D.L.R. (4th) 63, [2016] 4 W.W.R. 259, [2015] B.C.J. No. 2027 (QL), 2015 CarswellBC 2694 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Funt, 2014 BCSC 1365, [2014] B.C.J. No. 1898 (QL), 2014 CarswellBC 2133 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Dairn Shane et Joseph Fearon*, pour l’appelant.

*Kathleen S. Duffield and Steven W. Lesiuk, for the respondents.*

*Alan D’Silva and Aaron Kreaden, for the intervenor.*

The judgment of the Court was delivered by

BROWN J. —

### I. Introduction

[1] This appeal, which arises from a motor vehicle accident in British Columbia, concerns principally the application of the common law of negligence to claims for mental injury.<sup>1</sup> A trial judge awarded damages for mental injury to the appellant, Mohsen Saadati, on the strength not of expert evidence, but of the testimony of lay witnesses to the effect that, after the appellant’s involvement in an automobile accident caused by the respondents, his personality had changed. The British Columbia Court of Appeal reversed, holding that recovery for mental injury requires a claimant to prove, with expert medical opinion evidence, a “recognizable [or recognized] psychiatric illness”.

<sup>1</sup> Legal nomenclature describes this kind of injury variously: for example, as “nervous shock” (see L. N. Klar, *Tort Law* (5th ed. 2012), at p. 498); or “mental injury” (see *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; L. Bélanger-Hardy, “Reconsidering the ‘Recognizable Psychiatric Illness’ Requirement in Canadian Negligence Law” (2013), 38 *Queen’s L.J.* 583, at p. 586); or “psychological injury” (see Bélanger-Hardy, at p. 584); or “psychiatric damage” (A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015), at p. 447), or “psychiatric injury” (*Mustapha*). For his part, the trial judge employed the term “psychological injury”, while the Court of Appeal referred to “psychiatric or psychological illness”. While there may be meaningful distinctions among these terms within the relevant disciplines, for the purpose of deciding the general bounds of recoverability in law, no legal significance attaches to the particular term used. For the sake of clarity, however, I refer to the injury alleged here as “mental injury”.

*Kathleen S. Duffield et Steven W. Lesiuk, pour les intimés.*

*Alan D’Silva et Aaron Kreaden, pour l’intervenant.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BROWN —

### I. Introduction

[1] Dans la présente affaire relative à un accident de la route survenu en Colombie-Britannique, le pourvoi porte principalement sur l’application des principes de common law en matière de négligence à l’indemnisation du préjudice mental<sup>1</sup>. Le juge de première instance accorde à l’appelant, Mohsen Saadati, une indemnité pour préjudice mental sur la foi du témoignage non pas d’un expert, mais de témoins profanes selon lesquels, après l’accident de la route causé par les intimés, la personnalité de l’appelant a changé. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique infirme le jugement au motif que, pour être indemnisé d’un préjudice mental, le demandeur doit faire confirmer par un médecin expert l’existence d’un [TRADUCTION] « trouble psychiatrique reconnaissable [ou reconnu] ».

<sup>1</sup> Doctrine et jurisprudence qualifient ce type de préjudice de diverses manières, dont les suivantes : [TRADUCTION] « choc nerveux » (voir L. N. Klar, *Tort Law* (5<sup>e</sup> éd. 2012), p. 498), « *mental injury* », en anglais (voir *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; L. Bélanger-Hardy, « Reconsidering the “Recognizable Psychiatric Illness” Requirement in Canadian Negligence Law » (2013), 38 *Queen’s L.J.* 583, p. 586), [TRADUCTION] « préjudice psychologique » (voir Bélanger-Hardy, p. 584), [TRADUCTION] « dommage psychique » (A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10<sup>e</sup> éd. 2015), p. 447) et « préjudice psychiatrique » (*Mustapha*). Pour sa part, le juge de première instance emploie le terme [TRADUCTION] « préjudice psychologique », tandis que la Cour d’appel opte pour [TRADUCTION] « trouble psychiatrique ou psychologique ». Bien qu’il existe de nettes différences entre ces termes selon les disciplines en cause, lorsqu’il s’agit de déterminer de façon générale les cas donnant droit à une indemnisation, le choix de l’un ou l’autre terme n’a pas d’incidence juridique. Par souci de clarté, j’appelle toutefois « préjudice mental » le préjudice allégué en l’espèce.

[2] This Court has, however, never required claimants to show a recognizable psychiatric illness as a precondition to recovery for mental injury. Nor, in my view, would it be desirable for it to do so now. Just as recovery for *physical* injury is not, as a matter of law, conditioned upon a claimant adducing expert diagnostic evidence in support, recovery for *mental* injury does not require proof of a recognizable psychiatric illness. This and other mechanisms by which some courts have historically sought to control recovery for mental injury are, in my respectful view, premised upon dubious perceptions of psychiatry and of mental illness in general, which Canadian tort law should repudiate. Further, the elements of the cause of action of negligence, together with the threshold stated by this Court in *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 9, for proving mental injury, furnish a sufficiently robust array of protections against unworthy claims. I therefore conclude that a finding of legally compensable mental injury need not rest, in whole or in part, on the claimant proving a recognized psychiatric illness. It follows that I would allow the appeal and restore the trial judge's award.

## II. Overview of Facts and Proceedings

### A. *Background*

[3] On the night of July 5, 2005, the appellant was driving a tractor-truck along Front Street in New Westminster, British Columbia, when his vehicle was struck by a vehicle driven by the respondent Grant Iain Moorhead. The appellant's truck sustained significant damage, but he appeared at the time to have been uninjured. He went to a nearby hospital, but was not admitted for observation.

[4] This accident ("accident") was the second in a series of five motor vehicle collisions involving the appellant between January 2003 and March 2009, inclusive. The appellant had suffered chronic pain since the first accident, which was later

[2] Or, la Cour n'a jamais exigé comme condition préalable à l'indemnisation du préjudice mental que le demandeur fasse la preuve de l'existence d'un trouble psychiatrique reconnaissable, et il n'est pas non plus souhaitable selon moi qu'elle l'exige maintenant. De la même manière que l'indemnisation du préjudice *physique* n'est pas subordonnée au dépôt en preuve par le demandeur du diagnostic d'un expert, celle du préjudice *mental* ne tient pas non plus à la preuve d'un trouble psychiatrique reconnaissable. Cette exigence et d'autres conditions fixées par certains tribunaux afin de contenir l'indemnisation du préjudice mental reposent à mon humble avis sur une conception douteuse de la psychiatrie et de la maladie mentale en général dont devrait se dissocier le droit canadien de la responsabilité délictuelle. De plus, les éléments requis pour qu'il y ait une cause d'action en négligence, de même que les exigences de la Cour, suivant l'arrêt *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 9, lorsqu'il s'agit de prouver le préjudice mental, font suffisamment obstacle aux réclamations infondées. J'estime donc que le demandeur n'est pas légalement tenu de prouver en tout ou en partie l'existence d'un trouble psychiatrique reconnu pour que l'on puisse conclure au caractère indemnisable du préjudice mental. Partant, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'indemnisation accordée en première instance.

## II. Rappel factuel et procédural

### A. *Genèse de l'instance*

[3] Le soir du 5 juillet 2005, l'appelant circulait à bord d'un camion-tracteur dans la rue Front, à New Westminster, en Colombie-Britannique, lorsque son véhicule a été heurté par celui que conduisait l'intimé, Grant Iain Moorhead. Son camion a subi de lourds dommages, mais lui a alors semblé s'en tirer indemne. Transporté à un hôpital des environs, il n'a pas été gardé en observation.

[4] Cet accident de la route (« accident ») était le deuxième d'une série de cinq subis par l'appelant entre janvier 2003 et mars 2009. Depuis le premier, l'appelant souffrait de douleurs chroniques, et celles-ci se sont aggravées après le troisième

aggravated by the third accident (which occurred on September 17, 2005). In 2007, the appellant sued the respondents in negligence, seeking damages for non-pecuniary loss and past income loss. Two further accidents followed in 2008 and 2009. In 2010, the appellant was declared mentally incompetent and his action was continued by a litigation guardian.

### B. *Judicial History*

#### (1) Supreme Court of British Columbia — 2014 BCSC 1365

[5] The respondents collectively admitted liability for the accident, but took the position that the appellant suffered no damage. Expert evidence was tendered on behalf of the appellant to support his claim of an injury resulting from the accident, much of which the trial judge ruled inadmissible (2013 BCSC 636, 46 B.C.L.R. (5th) 392). After weighing the admissible evidence, he concluded that the appellant had not demonstrated any physical injury resulting from the accident. Citing the test for factual causation stated in *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 46, however, he did find (at para. 50 (CanLII)) that the accident caused the appellant “psychological injuries, including personality change and cognitive difficulties”. While this finding did not rest on an identified medical cause, it was based upon the testimony of friends and family of the appellant to the effect that, after the accident, the appellant’s personality changed for the worse. Once a funny, energetic, and charming individual, he had become sullen and prone to mood swings. Historically close relationships with family and friends had deteriorated. He complained of headaches.

[6] The trial judge further found that the appellant’s mental injury was aggravated by the third (September 17, 2005) accident. Applying the principle from *Bradley v. Groves*, 2010 BCCA 361, 326 D.L.R. (4th) 732, he found that the mental injury originally caused by the accident was indivisible from any injury caused by that later accident. Having regard to the appellant’s personality change,

(survenu le 17 septembre 2005). En 2007, l’appelant a intenté contre les intimés une action en négligence dans laquelle il réclamait une indemnité pour perte non pécuniaire et pour perte de revenus antérieure. L’appelant a eu deux autres accidents, l’un en 2008, l’autre en 2009. Déclaré mentalement incapable en 2010, son action a été reprise par sa tutrice à l’instance.

### B. *Décisions des juridictions inférieures*

#### (1) Cour suprême de la Colombie-Britannique — 2014 BCSC 1365

[5] Les intimés ont collectivement reconnu leur responsabilité à l’égard de l’accident, mais ont prétendu que l’appelant n’avait subi aucun préjudice. Des rapports d’experts ont été présentés au nom de l’appelant à l’appui de sa prétention selon laquelle l’accident lui avait infligé un préjudice. Le juge de première instance les tient en grande partie pour inadmissibles (2013 BCSC 636, 46 B.C.L.R. (5th) 392). Après avoir apprécié les éléments jugés admissibles, il conclut que l’appelant n’a pas démontré l’existence d’un préjudice physique imputable à l’accident. Invoquant le critère de la causalité factuelle énoncé dans *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 46, il conclut toutefois que l’accident a infligé à l’appelant [TRADUCTION] « des préjudices psychologiques, dont un changement de personnalité et des problèmes cognitifs » (par. 50 (CanLII)). Sa conclusion ne prend pas appui sur un diagnostic précis, mais bien sur le témoignage de proches selon lesquels, après l’accident, la personnalité de l’appelant s’est détériorée. Auparavant enjoué, énergique et charmant, il est devenu maussade et sujet aux sautes d’humeur. Ses liens étroits avec sa famille et ses amis se sont dégradés. Il se plaignait de maux de tête.

[6] Le juge conclut en outre que le préjudice mental de l’appelant a été aggravé par le troisième accident, celui du 17 septembre 2005. Au vu du principe dégagé dans l’arrêt *Bradley c. Groves*, 2010 BCCA 361, 326 D.L.R. (4th) 732, il tient le préjudice mental causé au départ par l’accident pour indissociable de tout préjudice infligé par cet autre accident. Compte tenu du changement de personnalité de l’appelant, de

his loss of close personal relationships with family and friends, his age, and the period involved, the trial judge awarded him \$100,000 for non-pecuniary damage. The claim for past income loss was dismissed.

(2) British Columbia Court of Appeal — 2015 BCCA 393, 81 B.C.L.R. (5th) 1

[7] On appeal, the respondents argued (*inter alia*) that the trial judge erred by awarding damages for mental injury where the appellant had not proven “a medically recognized psychiatric or psychological illness or condition” (para. 22). The Court of Appeal agreed, adding that such an illness or condition must be demonstrated by “expert medical opinion evidence” (para. 32). The law in this regard, it concluded, was left unchanged by this Court’s judgment in *Mustapha*.

[8] Further, the Court of Appeal also observed (at para. 34) that, in awarding damages for mental injury, the trial judge erred by “decid[ing] the case on a basis neither pleaded nor argued by [the appellant]”. Rather, the trial judge should have notified counsel that he was prepared to consider a claim that had not been pleaded, given the appellant an opportunity to amend his pleadings and, if the amendments were allowed, given the respondents an opportunity to call further evidence and make further submissions.

### III. Analysis

#### A. *Sufficiency of the Pleadings*

[9] Drawing from the Court of Appeal’s statements regarding notice, the respondents argue that the trial judge’s award for mental injury was made in breach of procedural fairness, having no basis in the pleadings or submissions at trial. While I note that the respondents did not argue this point at the Court of Appeal, as the respondents now say and as the Court of Appeal said, cases should not be decided on grounds not raised (*Insurance Corp. of British Columbia v. Patko*, 2008 BCCA 65, 290 D.L.R. (4th) 687, at para. 37; *Rodaro v. Royal*

l’étéolement de ses liens étroits avec sa famille et ses amis, de son âge et de la période considérée, le juge accorde 100 000 \$ à titre de dommages-intérêts non pécuniaires. Il rejette la demande d’indemnisation de la perte de revenus antérieure.

(2) Cour d’appel de la Colombie-Britannique — 2015 BCCA 393, 81 B.C.L.R. (5th) 1

[7] En appel, les intimés ont notamment fait valoir que le juge de première instance avait eu tort d’accorder une indemnité pour préjudice mental alors que l’appellant n’avait pas fait la preuve [TRADUCTION] « d’un trouble ou d’un état psychiatrique ou psychologique médicalement reconnu » (par. 22). La Cour d’appel leur donne raison et ajoute que l’existence d’un tel trouble ou état doit être établie par le « témoignage d’un médecin expert » (par. 32). Elle conclut que l’arrêt *Mustapha* n’a pas modifié le droit applicable à cet égard.

[8] La Cour d’appel fait également observer que, en ordonnant l’indemnisation du préjudice mental, le juge de première instance commet l’erreur [TRADUCTION] « de statuer à partir de moyens que [l’appellant] n’a ni plaidés ni invoqués » (par. 34). Selon elle, le juge aurait plutôt dû signifier aux avocats qu’il était disposé à examiner des moyens non plaidés, donner à l’appellant la possibilité de modifier ses actes de procédure et, si la modification était autorisée, permettre aux intimés de présenter d’autres éléments de preuve et de faire valoir d’autres arguments.

### III. Analyse

#### A. *Exhaustivité des actes de procédure*

[9] Faisant fond sur l’opinion de la Cour d’appel sur ce point, les intimés font valoir que l’octroi en première instance d’une indemnité pour préjudice mental contrevient aux principes d’équité procédurale en ce qu’il ne s’appuie ni sur les actes de procédure ni sur les plaidoiries. Bien qu’ils n’aient pas fait valoir cet argument devant la Cour d’appel, rappelons, comme ils le soutiennent aujourd’hui et comme l’affirme la Cour d’appel, qu’une affaire ne doit pas être jugée à partir de moyens qui n’ont pas été invoqués (*Insurance Corp. of British Columbia*



*Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74 (C.A.), at para. 60; *Burgsteden v. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562, at para. 17; *R. v. E.M.W.*, 2011 SCC 31, [2011] 2 S.C.R. 542, at para. 4). This rule is an instance of natural justice: each party is entitled to know and respond to the case that it must answer (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Renard*, 2008 BCCA 343, 298 D.L.R. (4th) 216, at paras. 38-39).

[10] In claims for negligently caused mental injury, it is generally sufficient that the pleadings allege some form of such injury (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 74). The appellant's Statement of Claim alleges various injuries caused by the accident, including:

- h) such further and other injuries as may become apparent through medical reports and examinations, details of which shall be provided as they become known;

and the effects or results of the said injuries upon the Plaintiff include headaches, fatigue, dizziness, nausea and sleeplessness.

(R.R., vol. I, at p. 7)

It also claims "general damages for pain and suffering, loss of earning capacity past, present and future, loss of opportunity, loss of enjoyment of life, loss of physical health . . ." (R.R., vol. I, at p. 7).

[11] At trial, the appellant introduced an expert report from Dr. Hiram Mok, a psychiatrist, who diagnosed the appellant with mental disorders (although it was unclear whether these disorders resulted from the accident or subsequent accidents). The appellant's written closing submissions at trial also alleged the occurrence of a psychological reaction to the accident (or in other words a mental injury):

*c. Patko*, 2008 BCCA 65, 290 D.L.R. (4th) 687, par. 37; *Rodaro c. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74 (C.A.), par. 60; *Burgsteden c. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562, par. 17; *R. c. E.M.W.*, 2011 CSC 31, [2011] 2 R.C.S. 542, par. 4). Il s'agit là de justice naturelle : chacune des parties a le droit de connaître les arguments qu'on entend présenter contre elle et d'y répondre (*Canada Trustco Mortgage Co. c. Renard*, 2008 BCCA 343, 298 D.L.R. (4th) 216, par. 38-39).

[10] Dans le cas d'une allégation de préjudice mental causé par la négligence, il suffit en règle générale que les actes de procédure fassent état de quelque manifestation d'un tel préjudice (*Succes-sion Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 74). Dans sa déclaration, l'appelant énumère divers maux qu'il attribue à l'accident, dont les suivants :

[TRADUCTION]

- h) tout autre préjudice que pourrait révéler un examen ou rapport médical et dont le détail sera communiqué sans délai;

ainsi que les conséquences de ces préjudices sur le demandeur, dont les maux de tête, la fatigue, les vertiges, les nausées et l'insomnie.

(d.i., vol. I, p. 7)

L'appelant réclame également des « dommages-intérêts généraux pour souffrances et douleurs, perte de capacité lucrative pour le passé, le présent et l'avenir, manque à gagner, perte de jouissance de la vie, perte de santé physique . . . » (d.i., vol. I, p. 7).

[11] Au procès, l'appelant a produit le rapport d'expert du Dr Hiram Mok, psychiatre, qui lui avait diagnostiqué certains troubles mentaux (mais sans indiquer clairement qu'ils étaient attribuables à l'accident ou aux accidents subséquents). Dans sa plaidoirie écrite finale, l'appelant a aussi allégué la manifestation d'une réaction psychologique à l'accident (autrement dit, un préjudice mental) :

It is submitted that if the court does not accept a proven concussion, the evidence still shows that the Plaintiff suffered from a change in mood/personality, memory loss, and cognitive difficulties as a result of the July 5 2005 accident.

If not caused by a concussion, then it must be caused by something. The only logical conclusion is that these were caused by a psychological reaction to the accident, new pains, or an aggravation of old pains.

. . .

It is therefore submitted that, on a balance of probabilities, if the court finds that Mohsen did not suffer a concussion, then the only logical conclusion is that Mohsen's problems with memory, cognition and change in behavior arose as a result of the July 2005 accident, which compounded upon the January 2003 accident injuries, and was compounded upon again in the September 2005 accident. [Emphasis added.]

(R.R., vol. I, at p. 285)

A similar line of argument was delivered in the appellant's oral submissions:

Now, the alternative argument, of course, we have is that if you don't find that a concussion has been made out, we submit that there is still evidence that he suffered chronic pain and some kind of emotional reaction, with resulting memory problems and cognitive problems, and change in mood, in the July 2005 accident, which but for the accident he would not have suffered from.

. . .

We say it's a concussion. . . . But if it's not a concussion, it's some reaction to that accident that may be compounding upon the fact that he was injured in an earlier accident back in January 2003, but something changed in this man. . . . That accident triggered that, either by way of it being a concussion or by some kind of psychological, emotional reaction to everything.

. . .

[TRADUCTION] Si la Cour ne conclut pas à une commotion avérée, il appert malgré tout de la preuve que le demandeur a été victime d'un changement de personnalité, de sautes d'humeur, de pertes de mémoire et de problèmes cognitifs par suite de l'accident du 5 juillet 2005.

Si cet état de fait n'a pas été causé par une commotion, il doit l'avoir été par autre chose. La seule conclusion logique est qu'il a été causé par une réaction psychologique à l'accident, par de nouvelles douleurs ou par l'aggravation d'anciennes douleurs.

. . .

Partant, si la Cour conclut que M. Mohsen n'a pas subi de commotion, nous soutenons que, selon la prépondérance des probabilités, la seule conclusion logique est que les problèmes mnésiques et cognitifs de M. Mohsen, ainsi que son changement de personnalité, sont imputables à l'accident de juillet 2005, ce qui a aggravé le préjudice infligé par l'accident de janvier 2003 et qui a été exacerbé par l'accident de septembre 2005. [Je souligne.]

(d.i., vol. I, p. 285)

L'appelant tient un raisonnement analogue dans sa plaidoirie orale :

[TRADUCTION] Bon. Évidemment, si le tribunal conclut que la commotion n'est pas avérée, nous faisons valoir à titre subsidiaire qu'il appert tout de même de la preuve qu'il souffre de douleurs chroniques et d'une forme de réaction émotionnelle qui ont provoqué chez lui des problèmes mnésiques et cognitifs, ainsi que des sautes d'humeur, par suite de l'accident de juillet 2005, ce dont il n'aurait pas souffert n'eût été l'accident.

. . .

Nous affirmons que c'est une commotion. [. . .] Mais s'il ne s'agit pas d'une commotion, il s'agit de quelque réaction à cet accident qui a pu être exacerbée par le fait qu'il avait déjà été blessé lors de l'accident de janvier 2003. Il n'empêche que cet homme n'a plus jamais été le même. [. . .] C'est cet accident qui en est la cause, peu importe que ce soit en raison d'une commotion ou d'une réaction psychologique ou émotionnelle à tout ce qui s'est produit.

. . .

. . . Something happened to him that changed him. We say it's a concussion, but if it's not a concussion, it must be some kind of emotional psychiatric reaction, which isn't something that he could control. It clearly just came on him after the accident and caused him to become a changed individual between July and September 2005. And that is clear from the evidence of all of the family members. [Emphasis added.]

(R.R., vol. I, at pp. 190-92)

[12] None of these arguments regarding a “psychological”, “emotional” or “psychiatric” reaction elicited an objection from the respondents before the trial judge. And, in my view, the many allegations of such reaction appearing in the appellant's oral and written closing submissions, combined with the broad heads of damage alleged in the pleadings, provided ample notice to the respondents of the case which they had to answer. I see no breach of procedural fairness here.

#### B. *Mental Injury*

[13] Liability in negligence law is conditioned upon the claimant showing (i) that the defendant owed a duty of care to the claimant to avoid the kind of loss alleged; (ii) that the defendant breached that duty by failing to observe the applicable standard of care; (iii) that the claimant sustained damage; and (iv) that such damage was caused, in fact and in law, by the defendant's breach (*Mustapha*, at para. 3). At issue here is the third element. As they argued at the Court of Appeal, the respondents say that the trial judge erred by awarding damages for mental injury that did not correspond to a proven, recognized psychiatric illness. More specifically, the Court must answer the narrow question of whether it is strictly *necessary*, in order to support a finding of legally compensable mental injury, for a claimant to adduce expert evidence or other proof of a recognized psychiatric illness.

. . . Quelque chose s'est produit qui l'a changé. Selon nous, c'est une commotion, mais à supposer que ce n'en soit pas une, il faut que ce soit une sorte de réaction psychique émotionnelle, ce qui échappe à sa volonté. C'est manifestement quelque chose qui lui est arrivé après l'accident et qui a fait en sorte qu'il cesse d'être lui-même entre juillet et septembre 2005. C'est ce qui ressort du témoignage de tous les membres de sa famille. [Je souligne.]

(d.i., vol. I, p. 190-192)

[12] Lors du procès, les intimés ne se sont opposés à aucune de ces allégations de réaction « psychologique », « émotionnelle » ou « psychique ». Et, à mon sens, les nombreuses allégations d'une telle réaction dans les plaidoiries orale et écrite finales de l'appelant, jumelées à la nature générale des composants du préjudice allégué dans les actes de procédure, ont amplement fait connaître aux intimés les arguments auxquels ils devaient répondre. Selon moi, il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale en l'espèce.

#### B. *Préjudice mental*

[13] Pour établir la responsabilité du défendeur dans une action en négligence, le demandeur doit prouver (i) que le défendeur avait envers lui une obligation de diligence pour empêcher un préjudice de la nature de celui allégué, (ii) que le défendeur a manqué à son obligation en n'observant pas la norme de diligence applicable, (iii) que le demandeur a subi un préjudice et (iv) que ce préjudice est imputable, en fait et en droit, au manquement du défendeur (*Mustapha*, par. 3). En l'espèce, le litige porte sur le troisième de ces éléments. Comme devant la Cour d'appel, les intimés font valoir que le juge de première instance a eu tort d'accorder une indemnité pour un préjudice mental qui ne correspond pas à un trouble psychiatrique reconnu dont l'existence a été prouvée. Plus précisément, la Cour doit se demander si, pour qu'elle puisse conclure à l'existence d'un préjudice mental ouvrant droit à indemnisation, il est rigoureusement *nécessaire* que le demandeur produise le témoignage d'un expert ou quelque autre élément établissant l'existence d'un trouble psychiatrique reconnu.

(1) Recovery for Mental Injury in Negligence Law

[14] The early common law's posture towards claims for negligently caused mental harm was one of suspicion and sometimes outright hostility (*McLoughlin v. O'Brian*, [1983] 1 A.C. 410 (H.L.), at p. 433), and was "virtually programmed to entrench primitive suspicions and prejudices about 'invisible', intangible harm" (H. Teff, *Causing Psychiatric and Emotional Harm: Reshaping the Boundaries of Legal Liability* (2009), at p. 40). Mental injury was seen as "not derived through the senses, but [as] a product of the imagination" (*Miner v. Canadian Pacific Railway Co.* (1911), 18 W.L.R. 476 (Alta. S.C. *en banc*), at p. 478). This scepticism persisted into the last century, such that mental injury was not compensable unless accompanied by physical injury (see L. Bélanger-Hardy, "Reconsidering the 'Recognizable Psychiatric Illness' Requirement in Canadian Negligence Law" (2013), 38 *Queen's L.J.* 583, at pp. 599-600).

[15] While the absolute bar to recovery for mental injury absent physical injury was eventually lifted, the suspicion which originally impelled that bar persisted, and common law courts continued to impose conditions upon recovery beyond those applied to claims for negligently caused physical injury. While, therefore, in England liability for negligently caused mental injury was first recognized as early as 1901 (*Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669 (Div. Ct.)), it was conditional upon "a shock which arises from a reasonable fear of immediate personal injury to oneself" (p. 675), or (after *Hambrook v. Stokes Brothers*, [1925] 1 K.B. 141 (C.A.)), "a reasonable fear of immediate personal injury either to [the claimant, or the claimant's children]" (p. 152). While recovery for mental injury in Canada remained parasitic to recovery for compensable physical injury well into the 20th century (e.g. *Miner*), by mid-century Canadian courts had also begun to permit recovery on similar conditions as English law — typically, on claimants having had at

(1) L'indemnisation du préjudice mental en droit de la négligence

[14] Dans un premier temps, la common law s'est montrée sceptique, voire parfois carrément hostile, à l'égard des allégations de préjudice mental causé par négligence (*McLoughlin c. O'Brian*, [1983] 1 A.C. 410 (H.L.), p. 433). Elle [TRADUCTION] « consacrait presque par essence le doute et les préjugés primaires dont faisait l'objet le préjudice "invisible" et immatériel » (H. Teff, *Causing Psychiatric and Emotional Harm : Reshaping the Boundaries of Legal Liability* (2009), p. 40). Le préjudice mental n'était pas considéré comme un [TRADUCTION] « préjudice perçu par les sens, mais plutôt [comme] le fruit de l'imagination » (*Miner c. Canadian Pacific Railway Co.* (1911), 18 W.L.R. 476 (C.S. Alb., en formation plénière), p. 478). Ce scepticisme a perduré tout au long du siècle dernier, de sorte que le préjudice mental n'était indemnisable que s'il s'accompagnait d'un préjudice physique (voir L. Bélanger-Hardy, « Reconsidering the "Recognizable Psychiatric Illness" Requirement in Canadian Negligence Law » (2013), 38 *Queen's L.J.* 583, p. 599-600).

[15] Même si on a un jour cessé d'opposer une fin de non-recevoir absolue aux demandes d'indemnisation d'un préjudice mental en l'absence d'un préjudice physique concomitant, le scepticisme qui avait initialement entraîné le rejet de ces demandes a perduré, et les tribunaux de common law ont continué à soumettre l'indemnisation du préjudice mental à des conditions bien plus strictes que celle du préjudice physique causé par négligence. Ainsi, en Angleterre, la responsabilité du préjudice mental causé par négligence a été reconnue pour la première fois dès 1901 (*Dulieu c. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669 (C. div.)), mais seulement à l'égard d'un [TRADUCTION] « choc découlant d'une crainte raisonnable de subir un préjudice personnel immédiat » (p. 675) ou (après l'arrêt *Hambrook c. Stokes Brothers*, [1925] 1 K.B. 141 (C.A.)) d'une [TRADUCTION] « crainte raisonnable qu'un préjudice personnel immédiat soit infligé [au demandeur ou à ses enfants] » (p. 152). Bien que, au Canada, pendant une bonne partie du XX<sup>e</sup> siècle (p. ex. dans

the material time a reasonable fear of physical injury to themselves or to their family (e.g. *Horne v. New Glasgow*, [1954] 1 D.L.R. 832 (N.S.S.C.)).

[16] Further obstacles to recovery for mental injury arose in English law. In *McLoughlin v. O'Brian*, at pp. 419-21, Lord Wilberforce posited three considerations that could limit the boundaries of compensable “nervous shock”: the class of persons whose claims should be recognized (often referred to as relational proximity), the proximity of such persons to the accident (locational, or geographical proximity), and the means by which the “shock” is caused (temporal proximity) (G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (3rd ed. 2010), at p. 326). Where claimants alleged mental injury arising out of a sudden traumatic event, later judgments further distinguished between a “primary” victim (who was directly involved as a participant) and a “secondary” victim (who witnessed physical injuries caused to others) (see *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1992] 1 A.C. 310 (H.L.); and *Page v. Smith*, [1996] 1 A.C. 155 (H.L.)). This distinction has, however, sometimes proven difficult to apply in practice (as shown by the English law’s difficulty in categorizing the status of rescuers — see *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1999] 2 A.C. 455 (H.L.)), and has been criticized as lacking foundation in principle, having no relevance to the justice of the claimant’s case (A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), at pp. 405-7; J. Stapleton, “In Restraint of Tort”, in P. Birks, ed., *The Frontiers of Liability* (1994), vol. 2, 83, at p. 95; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.* (2006), 84 O.R. (3d) 457 (C.A.), at para. 43). That this is so has never really been disputed. As Lord Hoffmann candidly acknowledged in *White*, “in this area of the law, the search for principle was called off in *Alcock*

*Miner*), l’indemnisation du préjudice mental soit demeurée tributaire de l’obtention d’une réparation pour un préjudice physique indemnisable, au milieu du siècle, les tribunaux canadiens ont eux aussi commencé à permettre l’indemnisation à des conditions semblables à celles appliquées en droit anglais, soit habituellement que le demandeur ait eu au moment considéré une crainte raisonnable qu’un préjudice physique lui soit infligé ou le soit à sa famille (p. ex. *Horne c. New Glasgow*, [1954] 1 D.L.R. 832 (C.S. N.-É.)).

[16] D’autres obstacles à l’indemnisation du préjudice mental se sont dressés en droit anglais. Dans l’arrêt *McLoughlin c. O'Brian*, p. 419-421, lord Wilberforce fait état de trois éléments susceptibles de circonscrire le [TRADUCTION] « choc nerveux » indemnisable : la catégorie des personnes admises à demander l’indemnisation (ce qu’on appelle souvent la proximité relationnelle), la proximité de ces personnes avec l’accident (la proximité physique ou géographique) et la manière dont le « choc » a été causé (la proximité temporelle) (G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2010), p. 326). Ultérieurement, lorsque des demandeurs ont allégué l’existence d’un préjudice mental ayant découlé d’un événement traumatisant inattendu, une distinction a été établie entre la victime « directe » (directement en cause) et la victime « indirecte » (témoin de l’infliction d’un préjudice physique à autrui) (voir *Alcock c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1992] 1 A.C. 310 (H.L.), et *Page c. Smith*, [1996] 1 A.C. 455 (H.L.)). Or, cette distinction s’est parfois révélée difficile (comme le montre la difficulté du droit anglais à qualifier la situation du sauveteur (voir *White c. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1999] 2 A.C. 455 (H.L.)). Certains ont déploré que cette distinction ne repose sur aucun principe, qu’elle n’ait aucune pertinence quant au bien-fondé du recours du demandeur (A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), p. 405-407; J. Stapleton, « In Restraint of Tort », dans P. Birks, dir., *The Frontiers of Liability* (1994), vol. 2, 83, p. 95; *Mustapha c. Culligan of Canada Ltd.* (2006), 84 O.R. (3d) 457 (C.A.), par. 43). Nul n’a jamais vraiment contesté cet état de fait. Lord Hoffmann le reconnaît d’ailleurs

... No one can pretend that the existing law ... is founded upon principle.”

[17] Other Commonwealth courts have taken a different path. The High Court of Australia expressly rejected the categories delineated by the House of Lords, preferring a more flexible foreseeability of harm test (*Tame v. New South Wales*, [2002] HCA 35, 211 C.L.R. 317). In New Zealand, the primary/secondary victim distinction has not been definitively considered (S. Todd et al., *The Law of Torts in New Zealand* (5th ed. 2009), at pp. 182-84).

[18] Like the English courts, Canadian courts have occasionally struggled, as Professor Klar has described, “to find words which can clearly explain why, on the basis of arbitrary *policy* choices, certain types of claims seem to be too remote and uncompensable” (L. N. Klar, *Tort Law* (5th ed. 2012), at p. 505 (emphasis in original)). In *Beecham v. Hughes* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), and *Rhodes v. Canadian National Railway* (1990), 75 D.L.R. (4th) 248 (B.C.C.A.), for example, the multi-faceted proximity analysis formalized in *McLoughlin v. O’Brian* found favour. In *Beecham*, Lambert J.A. wrote (at p. 43):

... I would not put the entire emphasis on “causal proximity”, to the exclusion of “temporal proximity”, “geographical proximity” or “emotional proximity”. I would try to balance them all. A close but foreseeable emotional bond, as between a parent and child, may compensate, in the determination of the composite answer on liability, for a more remote causal proximity, as where the parent is not present when the child is injured.

[19] This Court has not, however, adopted either the primary/secondary victim distinction, or *McLoughlin v. O’Brian*’s disaggregated proximity

avec candeur dans *White* : [TRADUCTION] « ... dans ce domaine du droit, la recherche de règles fondées sur un principe a pris fin dans l’arrêt *Alcock* [ . . . ] Nul ne peut prétendre que le droit actuel [ . . . ] est issu de l’application de principes. »

[17] D’autres tribunaux du Commonwealth ont emprunté une avenue différente. La Haute Cour d’Australie a rejeté expressément les catégories définies par la Chambre des lords, leur préférant le critère plus souple de la prévisibilité du préjudice (*Tame c. New South Wales*, [2002] HCA 35, 211 C.L.R. 317). En Nouvelle-Zélande, on ne s’est pas prononcé définitivement sur la distinction entre victime directe et victime indirecte (S. Todd et autres, *The Law of Torts in New Zealand* (5<sup>e</sup> éd. 2009), p. 182-184).

[18] À l’instar des tribunaux anglais, les tribunaux canadiens ont parfois du mal, ainsi que l’explique le professeur Klar, [TRADUCTION] « à trouver des mots susceptibles d’expliquer clairement pourquoi, sur le fondement de considérations *de politique* arbitraires, certains préjudices allégués semblent trop indirects et non indemnisables » (L. N. Klar, *Tort Law* (5<sup>e</sup> éd. 2012), p. 505 (en italique dans l’original)). Dans les arrêts *Beecham c. Hughes* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), et *Rhodes c. Canadian National Railway* (1990), 75 D.L.R. (4th) 248 (C.A. C.-B.), par exemple, la cour d’appel fait sienne l’analyse à plusieurs volets de la proximité que consacre l’arrêt *McLoughlin c. O’Brian*. Dans *Beecham*, le juge Lambert s’exprime comme suit (au p. 43) :

[TRADUCTION] ... je ne mettrais pas l’accent uniquement sur la « proximité causale » sans tenir compte de la « proximité temporelle », de la « proximité physique » ou de la « proximité émotionnelle ». J’établirais plutôt un équilibre entre tous ces éléments. L’existence d’un lien affectif étroit, mais prévisible, comme celui entre l’enfant et son père ou sa mère, peut, pour l’obtention d’une réponse sur la responsabilité qui tient compte de tous les volets, pallier le caractère plutôt éloigné de la cause, par exemple, lorsque le père ou la mère n’est pas présent au moment où l’enfant subit le préjudice.

[19] La Cour ne retient cependant ni la distinction entre la victime directe et la victime indirecte, ni l’analyse dissociée de la proximité à laquelle se

analysis. Rather, in *Mustapha*, recoverability of mental injury was viewed (at para. 3) as depending upon the claimant satisfying the criteria applicable to any successful action in negligence — that is, upon the claimant proving a duty of care, a breach, damage, and a legal and factual causal relationship between the breach and the damage. Each of these elements can pose a significant hurdle: not all claimants alleging mental injury will be in a relationship of proximity with defendants necessary to ground a duty of care; not all conduct resulting in mental harm will breach the standard of care; not all mental disturbances will amount to true “damage” qualifying as mental injury, which is “serious and prolonged” and rises above the ordinary emotional disturbances that will occasionally afflict any member of civil society without violating his or her right to be free of negligently caused mental injury (*Mustapha*, at para. 9); and not all mental injury is caused, in fact or in law, by the defendant’s negligent conduct.

[20] Indeed, the claim in *Mustapha* failed on that last element: the claimant’s damage was not caused in law by (that is, it was too remote from) the defendant’s breach. *Mustapha* thus serves as a salutary reminder that, even where a duty of care, a breach, damage and factual causation are established, there remains the pertinent threshold question of legal causation, or remoteness — that is, whether the occurrence of mental harm in a person of ordinary fortitude was the reasonably foreseeable result of the defendant’s negligent conduct (*Mustapha*, at paras. 14-16). And, just as recovery for physical injury will not be possible where injury of that kind was not the foreseeable result of the defendant’s negligence, so too will claimants be denied recovery (as the claimant in *Mustapha* was denied recovery) where mental injury could not have been foreseen to result from the defendant’s negligence.

livre le tribunal dans *McLoughlin c. O’Brian*. Dans l’arrêt *Mustapha*, elle estime plutôt (au par. 3) que, pour obtenir réparation d’un préjudice mental, le demandeur doit satisfaire aux conditions auxquelles la négligence peut être établie, c’est-à-dire prouver l’existence d’une obligation de diligence, d’un manquement, d’un préjudice et d’un lien de causalité factuel et juridique entre le manquement et le préjudice. Chacun de ces éléments dont la preuve est exigée peut représenter un obstacle important à surmonter : le demandeur qui allègue un préjudice mental n’entretient pas forcément avec le défendeur une relation suffisamment étroite pour qu’il puisse y avoir obligation de diligence. De plus, tout acte qui inflige un préjudice mental ne constitue pas un manquement à la norme de diligence. Aussi, toute contrariété émotionnelle n’équivaut pas à un « préjudice » véritable que l’on peut qualifier de préjudice mental, qui est « grave et de longue durée » et qui va au-delà des troubles psychologiques ordinaires dont sont parfois affligées les personnes vivant en société sans que, pour autant, il soit porté atteinte à leur droit à la protection contre le préjudice mental causé par négligence (*Mustapha*, par. 9). Enfin, les préjudices mentaux ne sont pas tous causés, en fait ou en droit, par la négligence du défendeur.

[20] D’ailleurs, dans l’arrêt *Mustapha*, le demandeur est débouté parce qu’il n’a pu prouver le dernier élément, à savoir le lien de causalité juridique entre le manquement du défendeur et le préjudice, la proximité entre les deux étant jugée insuffisante. Cet arrêt rappelle donc opportunément que, même en présence d’une obligation de diligence, d’un manquement, d’un préjudice et d’un lien de causalité factuel, le demandeur doit encore satisfaire au critère préliminaire de la causalité juridique (ou du caractère non éloigné du préjudice) en démontrant qu’il était raisonnablement prévisible que la négligence du défendeur inflige un préjudice mental à une personne dotée d’une résilience ordinaire (*Mustapha*, par. 14-16). Et de même que le préjudice physique n’est pas indemnisable s’il n’est pas le résultat prévisible de la négligence du défendeur, le demandeur se verra également refuser toute réparation — comme dans l’affaire *Mustapha* — si on ne pouvait prévoir que le préjudice mental découlerait de la négligence du défendeur.

[21] It follows that this Court sees the elements of the cause of action of negligence as furnishing principled and sufficient barriers to unmeritorious or trivial claims for negligently caused mental injury. The view that courts should require something more is founded not on legal principle, but on policy — more particularly, on a collection of concerns regarding claims for mental injury (including those advanced in this appeal by the intervener Insurance Bureau of Canada) founded upon dubious perceptions of, and postures towards, psychiatry and mental illness in general: that mental illness is “subjective” or otherwise easily feigned or exaggerated; and that the law should not provide compensation for “trivial matters” but should foster the growth of “tough hides not easily pierced by emotional responses” (A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015), at p. 449; R. Mulheron, “Rewriting the Requirement for a ‘Recognized Psychiatric Injury’ in Negligence Claims” (2012), 32 *Oxford J. Leg. Stud.* 77, at p. 82). The stigma faced by people with mental illness, including that caused by mental injury, is notorious (J. E. Gray, M. Shone and P. F. Liddle, *Canadian Mental Health Law and Policy* (2nd ed. 2008), at pp. 139 and 300-301), often unjustly and unnecessarily impeding their participation, so far as possible, in civil society. While tort law does not exist to abolish misguided prejudices, it should not seek to perpetuate them.

[22] Where, therefore, genuine factual uncertainty arises regarding the worthiness of a claim, this can and should be addressed by robust application of those elements by a trier of fact, rather than by tipping the scales via arbitrary mechanisms (R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), at p. 56). Certainly, concerns about “subjective” symptoms or about feigned or exaggerated claims of mental injury are — like most matters of credibility — questions of fact best entrusted to the good sense of triers of fact, upon whose credibility determinations of liability and even of liberty often rest. In short, such concerns should be resolved by “a vigorous

[21] La Cour voit donc dans les éléments nécessaires à la naissance d’une cause d’action en négligence des obstacles rationnels suffisants aux demandes infondées ou frivoles d’indemnisation d’un préjudice mental imputé à la négligence. L’idée que les tribunaux devraient se montrer plus exigeants repose non pas sur un principe juridique, mais sur des considérations générales, plus précisément sur un ensemble de craintes liées aux demandes d’indemnisation d’un préjudice mental (dont celles exprimées en l’espèce par l’intervenant Bureau d’assurance du Canada), qui prennent appui sur des perceptions douteuses de la psychiatrie et de la maladie mentale en général et sur des attitudes à l’avenant. Ainsi, la maladie mentale serait « subjective » ou pourrait par ailleurs être feinte ou exagérée aisément; de plus, le droit ne devrait pas permettre l’indemnisation de [TRADUCTION] « choses insignifiantes », mais devrait plutôt inciter les gens à « se blinder moralement le plus possible » (A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10<sup>e</sup> éd. 2015), p. 449; R. Mulheron, « Rewriting the Requirement for a “Recognized Psychiatric Injury” in Negligence Claims » (2012), 32 *Oxford J. Leg. Stud.* 77, p. 82). Il est bien connu que les personnes qui souffrent de maladie mentale, notamment après avoir subi un préjudice mental, se retrouvent au ban de la société (J. E. Gray, M. Shone et P. F. Liddle, *Canadian Mental Health Law and Policy* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 139 et 300-301), ce qui les empêche souvent, de manière injuste et non justifiée, de prendre part le plus possible à la vie en société. Bien que le droit de la responsabilité délictuelle n’ait pas pour mission de vaincre des préjugés malheureux, il ne devrait pas chercher à les perpétuer.

[22] Par conséquent, lorsque le bien-fondé d’une demande soulève une incertitude véritable sur le plan factuel, le juge des faits peut et doit alors exiger strictement la preuve des éléments requis pour qu’il y ait cause d’action au lieu de s’en remettre à des procédés arbitraires pour statuer (R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), p. 56). Comme dans la plupart des cas où la crédibilité est en cause, les craintes liées à la « subjectivité » des symptômes ou au caractère feint ou exagéré du préjudice mental relèvent assurément du domaine factuel pour lequel il est préférable de s’en remettre au bon sens du juge des faits, dont les conclusions sur la crédibilité fondent



search for the truth, not the abdication of judicial responsibility” (Linden and Feldthusen, at p. 449; see also *Toronto Railway Co. v. Toms* (1911), 44 S.C.R. 268, at p. 276; Stevens, at p. 56).

[23] I add this. As to that first necessary element for recovery (establishing that the defendant owed the claimant a duty of care), it is implicit in the Court’s decision in *Mustapha* that Canadian negligence law recognizes that a duty exists at common law to take reasonable care to avoid causing foreseeable mental injury, and that this cause of action protects a right to be free from negligent interference with one’s mental health. That right is grounded in the simple truth that a person’s mental health — like a person’s physical integrity or property, injury to which is also compensable in negligence law — is an essential means by which that person chooses to live life and pursue goals (A. Ripstein, *Private Wrongs* (2016), at pp. 87 and 252-53). And, where mental injury is negligently inflicted, a person’s autonomy to make those choices is undeniably impaired, sometimes to an even greater degree than the impairment which follows a serious physical injury (*Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92 (H.L.), at p. 103; *Toronto Railway*, at p. 276). To put the point more starkly, “[t]he loss of our mental health is a more fundamental violation of our sense of self than the loss of a finger” (Stevens, at p. 55).

[24] It is also implicit in *Mustapha* that the ordinary duty of care analysis is to be applied to claims for negligently caused mental injury. With great respect to courts that have expressed contrary views, it is in my view unnecessary and indeed futile to restructure that analysis so as to mandate formal, separate consideration of certain dimensions of proximity, as was done in *McLoughlin v. O’Brian*. Certainly, “temporal”, “geographic” and “relational” considerations might well inform the proximity analysis to be performed in some cases. But the proximity analysis

souvent des décisions quant à la responsabilité, voire à la liberté. En un mot, ces craintes doivent être dissipées par [TRADUCTION] « une recherche soutenue de la vérité, non par l’abdication des responsabilités judiciaires » (Linden et Feldthusen, p. 449; voir également *Toronto Railway Co. c. Toms* (1911), 44 R.C.S. 268, p. 276; Stevens, p. 56).

[23] J’ajoute que, en ce qui concerne le premier élément requis pour qu’il puisse y avoir indemnisation — en l’occurrence, l’existence d’une obligation de diligence du défendeur envers le demandeur —, il appert implicitement de l’arrêt *Mustapha* que le droit canadien de la négligence reconnaît l’existence en common law d’une obligation de prendre des mesures raisonnables afin qu’un préjudice mental prévisible ne soit pas causé et que cette cause d’action garantit le droit d’être protégé contre l’atteinte par négligence à sa santé mentale. Ce droit a pour assise le simple fait que la santé mentale d’une personne — au même titre que ses biens ou son intégrité physique, à l’égard desquels le droit de la négligence permet l’indemnisation en cas de préjudice — constitue un moyen essentiel grâce auquel une personne choisit de vivre sa vie et de réaliser ses aspirations (A. Ripstein, *Private Wrongs* (2016), p. 87 et 252-253). Et lorsqu’un préjudice mental est causé par négligence, le pouvoir de la personne de faire de tels choix se voit indéniablement compromis, parfois bien davantage que si elle avait subi un préjudice physique grave (*Bourhill c. Young*, [1943] A.C. 92 (H.L.), p. 103; *Toronto Railway*, p. 276). Pour dire les choses sans ambages, [TRADUCTION] « [l]a perte de sa propre santé mentale constitue une atteinte plus grave à son individualité que la perte d’un doigt » (Stevens, p. 55).

[24] Il appert aussi implicitement de l’arrêt *Mustapha* que l’analyse que commande habituellement l’obligation de diligence vaut également pour le préjudice mental imputé à la négligence. Soit dit en tout respect pour les tribunaux qui ont exprimé l’opinion contraire, il est selon moi inutile et à vrai dire vain de reconfigurer l’analyse de manière qu’il faille dûment tenir compte séparément de certains volets de la proximité, comme dans *McLoughlin c. O’Brian*. Certes, les volets « temporel », « physique » et « relationnel » peuvent fort bien éclairer

as formulated by this Court is, and is intended to be, sufficiently flexible to capture all relevant circumstances that might in any given case go to seeking out the “close and direct” relationship which is the hallmark of the common law duty of care (*Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, at para. 32, citing *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at pp. 580-81). As the Court has said, that analysis

focuses on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant. . . .

As this Court stated in *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 24, *per* La Forest J.:

The label “proximity”, as it was used by Lord Wilberforce in [*Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)], was clearly intended to connote that the circumstances of the relationship inhering between the plaintiff and the defendant are of such nature that the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff’s legitimate interests in conducting his or her affairs.

(*Cooper*, at paras. 30 and 33 (emphasis in original))

(2) Recognized Psychiatric Illness

[25] As I have already said, the principal issue presented by this appeal — and, in particular, by the Court of Appeal’s conclusion that the appellant’s claim failed for lack of expert evidence demonstrating a recognized psychiatric illness — concerns the element of the cause of action of negligence requiring the claimant to show damage. More specifically, it requires the Court to consider what constitutes mental injury, and how it may be proven.

[26] The origins of the putative requirement of showing a recognized psychiatric illness appear to lie in Lord Denning M.R.’s speech in *Hinz v. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40 (C.A.), at p. 42:

l’analyse de la proximité qui s’impose dans certains cas. Or, l’analyse de la proximité que préconise la Cour est — et se veut — assez souple pour embrasser toutes les considérations pertinentes qui sont susceptibles, dans un cas donné, de jouer dans l’établissement du lien « étroit et direct » qui caractérise l’obligation de diligence en common law (*Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, par. 32, citant l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), p. 580-581). Comme l’explique la Cour, cette analyse

met l’accent sur les facteurs découlant du lien existant entre la demanderesse et le défendeur. . . .

Comme le juge La Forest l’a affirmé au nom de notre Cour dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 24 :

L’expression « lien étroit », utilisée par lord Wilberforce dans l’arrêt [*Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.)], visait clairement à laisser entendre que les circonstances entourant le lien existant entre le demandeur et le défendeur sont telles qu’on peut affirmer que le défendeur est tenu de se soucier des intérêts légitimes du demandeur dans la gestion de ses affaires.

(*Cooper*, par. 30 et 33 (souligné dans l’original))

(2) Trouble psychiatrique reconnu

[25] Rappelons que la principale question que soulève le pourvoi et, en particulier, la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’appelant a été débouté faute d’une preuve d’expert établissant l’existence d’un trouble psychiatrique reconnu, a trait à l’élément de la cause d’action qui exige du demandeur qui allègue la négligence qu’il prouve le préjudice. La Cour doit donc se demander en quoi consiste le préjudice mental et de quelle manière on l’établit.

[26] L’obligation supposée d’établir l’existence d’un trouble psychiatrique reconnu paraît s’originer des propos de lord Denning, maître des rôles, dans l’arrêt *Hinz c. Berry*, [1970] 2 Q.B. 40 (C.A.), p. 42 :

In English law no damages are awarded for grief or sorrow caused by a person's death. No damages are to be given for the worry about the children, or for the financial strain or stress, or the difficulties of adjusting to a new life. Damages are, however, recoverable for nervous shock, or, to put it in medical terms, for a recognisable psychiatric illness caused by the breach of duty by the defendant.

This statement has been reiterated, albeit with some variation as to terminology. In *McLoughlin v. O'Brian*, at p. 431, for example, Lord Bridge described this hurdle as requiring “a positive psychiatric illness”. It has also been variously referred to as a “genuine”, “recognized” or “recognizable” psychiatric illness (Mulheron, at p. 81).

[27] Howsoever the term is phrased, it is far from clear on the text of *Hinz v. Berry* that it was intended to impose upon claimants the burden of showing a positive expert diagnosis. At the very least, it is not obvious that *Hinz v. Berry* sought to download to expert psychiatric witnesses the trier of fact's task of determining whether the claimant sustained mental injury (Teff, at p. 53; Bélanger-Hardy, at pp. 607-11). The respondents' submission, therefore — that, by “recognizable psychiatric illness”, it was intended that mental injury be “recognizable” to a psychiatrically trained expert witness, and not to an ordinary witness — is founded upon a shaky premise.

[28] Despite some early resistance, however (e.g. *McDermott v. Ramadanovic Estate* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 45 (S.C.); *Rhodes*, per Southin J.A., concurring; *Cox v. Fleming* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 201 (C.A.); *Mason v. Westside Cemeteries Ltd.* (1996), 135 D.L.R. (4th) 361 (Ont. C.J. (Gen. Div.)); *Flett v. Maxwell*, [1996] B.C.J. No. 1455 (QL) (Prov. Ct. (Civ. Div.)), Canadian trial and appellate courts after *Hinz v. Berry* began to see the requirement of a “recognizable psychiatric illness” as conditioning recovery for mental injury upon the claimant adducing expert testimony verifying a condition *recognizable to the expert* (e.g. *Vanek v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R. (3d) 228 (C.A.), at paras. 65-67; *Healey v. Lakeridge Health Corp.*, 2011 ONCA 55, 103 O.R. (3d) 401; *Frazier*

[TRADUCTION] En droit anglais, il n'y a pas d'indemnité pour la tristesse ou la peine que cause le décès d'une personne. Il n'y en a pas non plus pour l'inquiétude relative aux enfants, les soucis d'ordre financier ou la difficulté de s'adapter à une existence nouvelle. Une indemnité peut cependant être accordée pour choc nerveux ou, pour employer la terminologie médicale, pour un trouble psychiatrique reconnaissable causé par le manquement du défendeur.

D'autres ont repris ces propos, bien qu'en employant des termes quelque peu différents. Par exemple, dans *McLoughlin c. O'Brian*, p. 431, lord Bridge voit dans cet obstacle l'exigence d'un [TRADUCTION] « réel trouble psychiatrique ». On a parlé également de trouble psychiatrique [TRADUCTION] « véritable », « reconnu » ou « reconnaissable » (Mulheron, p. 81).

[27] Quelle que soit la formulation employée, il est loin de ressortir de l'arrêt *Hinz c. Berry* qu'il s'agit d'obliger le demandeur à présenter au tribunal le diagnostic positif d'un expert. Il n'est, à tout le moins, pas évident que la cour entend dans cet arrêt refileur au témoin-expert du domaine psychiatrique la tâche qui incombe au juge des faits de décider si le demandeur a subi ou non un préjudice mental (Teff, p. 53; Bélanger-Hardy, p. 607-611). Dès lors, la prétention des intimés — à savoir que l'expression « trouble psychiatrique reconnaissable » suppose que le préjudice mental soit « reconnaissable » par un témoin-expert ayant une formation en psychiatrie, non par un témoin ordinaire — a une assise bien fragile.

[28] Toutefois, après une certaine réticence initiale (p. ex. *McDermott c. Ramadanovic Estate* (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 45 (C.S.); *Rhodes*, le juge Southin, motifs concordants; *Cox c. Fleming* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 201 (C.A.); *Mason c. Westside Cemeteries Ltd.* (1996), 135 D.L.R. (4th) 361 (C.J. Ont. (Div. gén.)); *Flett c. Maxwell*, [1996] B.C.J. No. 1455 (QL) (C. prov. (div. civ.)), les tribunaux canadiens de première instance et d'appel ont commencé à considérer que le « trouble psychiatrique reconnaissable » exigé dans *Hinz c. Berry* faisait en sorte que, pour être indemnisé d'un préjudice mental, le demandeur devait faire témoigner un expert qui confirme qu'il s'agit d'un état *reconnaissable par un expert* (p. ex. *Vanek c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (1999), 48 O.R.

v. *Haukioja*, 2010 ONCA 249, 101 O.R. (3d) 528; *Kotai v. “Queen of the North” (The)*, 2009 BCSC 1405, 70 C.C.L.T. (3d) 221; *Young v. Borzoni*, 2007 BCCA 16, 277 D.L.R. (4th) 685; *Graham v. MacMillan*, 2003 BCCA 90, 15 C.C.L.T. (3d) 155; *Koerfer v. Davies*, [1994] O.J. No. 1408 (QL) (C.A.); *Duwyn v. Kaprielian* (1978), 22 O.R. (2d) 736 (C.A.)). Similarly, despite some resistance elsewhere in the Commonwealth to restricting recovery for mental injury to claimants who can adduce such expert psychiatric evidence (N. J. Mullany and P. R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage* (1993), at p. 21), this threshold now prevails in the United Kingdom, Australia, and New Zealand (*White*, at p. 491; *Tame*, at paras. 193-94; *van Soest v. Residual Health Management Unit*, [1999] NZCA 206, [2000] 1 N.Z.L.R. 179, at para. 65).

[29] In sum — and this is the state of the law which this Court must now evaluate — the law developed by Canadian lower courts (albeit, as I have mentioned, on an unstable premise) requires claimants alleging mental injury to show that such injury has manifested itself to an expert in psychiatry in the form of a clinically diagnosed, recognizable psychiatric illness. This has therefore “place[d] the categories of mental and emotional harm for which damages may be recovered in the hands of psychiatry. Whatever that discipline chooses to identify and name as a psychiatric illness becomes the law’s boundaries for damages in this area” (*van Soest*, at p. 205, per Thomas J., dissenting).

[30] Usually, this has been done with reference to what has been said to represent a “considerable degree of international agreement on the classification of mental disorders and their diagnostic criteria”, which are contained in the *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (“DSM”), published by the American Psychiatric Association, and the *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* (“ICD”), published by the World Health Organization (Mulheron, at p. 78, citing *Sutherland v. Hatton*, [2002] EWCA

(3d) 228 (C.A.), par. 65-67; *Healey c. Lakeridge Health Corp.*, 2011 ONCA 55, 103 O.R. (3d) 401; *Frazer c. Haukioja*, 2010 ONCA 249, 101 O.R. (3d) 528; *Kotai c. « Queen of the North » (The)*, 2009 BCSC 1405, 70 C.C.L.T. (3d) 221; *Young c. Borzoni*, 2007 BCCA 16, 277 D.L.R. (4th) 685; *Graham c. MacMillan*, 2003 BCCA 90, 15 C.C.L.T. (3d) 155; *Koerfer c. Davies*, [1994] O.J. No. 1408 (QL) (C.A.); *Duwyn c. Kaprielian* (1978), 22 O.R. (2d) 736 (C.A.)). De même, en dépit d’une certaine réticence observée dans d’autres pays du Commonwealth à subordonner l’indemnisation du préjudice mental à la présentation d’une telle preuve d’expert du domaine psychiatrique (N. J. Mullany et P. R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage* (1993), p. 21), cette condition vaut désormais au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande (*White*, p. 491; *Tame*, par. 193-194; *van Soest c. Residual Health Management Unit*, [1999] NZCA 206, [2000] 1 N.Z.L.R. 179, par. 65).

[29] En résumé — et il s’agit de l’état du droit sur lequel la Cour doit aujourd’hui se prononcer —, les règles établies par les tribunaux canadiens de première instance (quoique, dois-je le rappeler, sur une base chancelante) exigent du demandeur qui prétend avoir subi un préjudice mental que celui-ci se soit manifesté à un expert psychiatrique sous la forme d’un trouble psychiatrique reconnaissable, cliniquement diagnostiqué. Ainsi, cette approche [TRADUCTION] « s’en remet à la psychiatrie pour définir le préjudice mental ou émotionnel susceptible d’indemnisation. Ce que cette discipline décide ou non de qualifier de trouble psychiatrique délimite alors juridiquement l’indemnisation possible dans ce domaine » (*van Soest*, p. 205, le juge Thomas, dissident).

[30] Cette démarche s’appuie habituellement sur un [TRADUCTION] « consensus international important concernant la classification des troubles mentaux et les critères qui permettent de les diagnostiquer » qui se dégagerait du *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* (« DSM ») de l’Association américaine de psychiatrie et de la *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes* (« CIM ») de l’Organisation mondiale de la Santé (Mulheron, p. 78, se référant à *Sutherland c. Hatton*, [2002] EWCA Civ 76, [2002]

Civ 76, [2002] 2 All E.R. 1, per Hale L.J. (as she then was); see also Bélanger-Hardy, at p. 586). The DSM, now in its 5th edition (2013), stipulates diagnostic criteria for, and classifies, mental disorders, while the ICD, now in its 10th revision (1992), contains statistically based classifications of all diseases (including “mental and behavioural disorders”).

[31] Confining compensable mental injury to conditions that are identifiable with reference to these diagnostic tools is, however, inherently suspect as a matter of legal methodology. While, for treatment purposes, an accurate diagnosis is obviously important, a trier of fact adjudicating a claim of mental injury is not concerned with diagnosis, but with symptoms and their effects (Mulheron, at p. 88). Put simply, there is no necessary relationship between reasonably foreseeable mental injury and a diagnostic classification scheme. As Thomas J. observed in *van Soest* (at para. 100), a negligent defendant need only be shown to have foreseen *injury*, and not *a particular psychiatric illness* that comes with its own label. In other words, the trier of fact’s inquiry should be directed to the level of harm that the claimant’s particular symptoms represent, not to whether a label could be attached to them. Downloading the task of assessing legally recoverable mental injury to the DSM and ICD therefore imports an arbitrary control mechanism upon recovery for mental injury, conditioning recovery not upon any legally principled basis directed to the alleged *injury*, but upon conformity with a legally irrelevant classification scheme designed to facilitate identification of *particular conditions* (L. Bélanger-Hardy, “Thresholds of Actionable Mental Harm in Negligence: A Policy-Based Analysis” (2013), 36 *Dal. L.J.* 103, at pp. 113-15; Mulheron, at pp. 87-88).

[32] Resort to the DSM or ICD in the context of litigating claims for mental injury has been variously rationalized as fostering objectivity, certainty and predictability of outcomes; and as preventing “indeterminate liability” (*Tame*, at paras. 193-94; *Healey*, at para. 65; *Queen of the North*, at para. 68). These

2 All E.R. 1, lord juge Hale (maintenant juge de la Cour suprême du Royaume-Uni); voir également Bélanger-Hardy, p. 586). Le DSM, qui en est à sa 5<sup>e</sup> édition (2015), énonce les critères qui permettent de diagnostiquer les troubles mentaux et répertorie ceux-ci, tandis que la CIM (qui en est à sa 10<sup>e</sup> révision (1993)) renferme la classification de toutes les maladies sur une base statistique (y compris les « troubles mentaux et du comportement »).

[31] Or, n’indemniser le préjudice mental que s’il correspond à un état susceptible d’être déterminé au moyen de ces outils diagnostiques se révèle intrinsèquement suspect sur le plan de la méthodologie juridique. Un diagnostic précis est assurément important sous l’angle thérapeutique, mais le juge des faits appelé à statuer sur une allégation de préjudice mental ne s’intéresse pas au diagnostic, mais aux symptômes et à leurs conséquences (Mulheron, p. 88). Dit simplement, point n’est besoin d’établir un lien entre le préjudice mental raisonnablement prévisible et un système de classification permettant le diagnostic. Le juge Thomas dit d’ailleurs dans l’arrêt *van Soest* (par. 100) qu’il suffit de prouver que le défendeur négligent a prévu le *préjudice*, pas un *trouble psychiatrique en particulier* dûment répertorié. Autrement dit, l’examen du juge des faits doit porter sur l’ampleur du préjudice infligé au demandeur par ses symptômes, non sur l’appellation qui pourrait y être accolée. S’en remettre au DSM ou à la CIM pour décider en droit si un préjudice mental est indemnisable ou non revient donc à introduire dans la démarche un contrôle arbitraire qui rend l’indemnisation tributaire non pas de l’existence d’un fondement juridique raisonné axé sur le *préjudice* allégué, mais bien de la conformité à un système de classification sans pertinence juridique conçu pour faciliter la détermination d’*états particuliers* (L. Bélanger-Hardy, « Thresholds of Actionable Mental Harm in Negligence : A Policy-Based Analysis » (2013), 36 *Dal. L.J.* 103, p. 113-115; Mulheron, p. 87-88).

[32] Pour justifier le recours au DSM ou à la CIM dans les affaires d’indemnisation d’un préjudice mental, certains ont soutenu qu’il favorisait l’objectivité, la certitude et la prévisibilité, ou encore, qu’il faisait obstacle à la « responsabilité indéterminée » (*Tame*, par. 193-194, *Healey*, par. 65; *Queen*

rationalizations, however, do not withstand scrutiny. In particular, the putative objectivity, certainty and predictability said to be furnished by the recognizable psychological illness requirement are in my view overstated. Psychiatric diagnoses — like diagnoses of physical illness or injury — can sometimes be controversial even among treating practitioners (M. A. Jones, “Liability for Psychiatric Damage: Searching for a Path between Pragmatism and Principle”, in J. W. Neyers, E. Chamberlain and S. G. A. Pitel, eds., *Emerging Issues in Tort Law* (2007), 113, at p. 131). The categories identified in the DSM are, therefore, not static, and continue to be revised to reflect evolving psychiatric consensus on the classification of psychiatric disorders. Labels that were at one time widely accepted may become obsolete. The DSM (DSM-II), for example, identified homosexuality as a psychiatric disorder until 1973, after which it continued to identify “sexual orientation disturbance” for people “in conflict with” their sexual orientation. This was later replaced in the DSM-III with “ego-dystonic homosexuality”, which was itself removed in 1987 (J. Drescher, “Out of DSM: Depathologizing Homosexuality” (2015), 5 *Behav. Sci.* 565, at p. 571). The ICD retained homosexuality in its classification until 1990, and continues to identify ego-dystonic homosexuality as a recognized condition (although in 2014 the World Health Organization recommended its removal from its 11th revision, now in development) (S. Cochran et al., “Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the *International Statistical Classification of Diseases and Health Related Problems* (ICD-11)” (2014), 92 *Bull. World Health Organ.* 672).

[33] Conversely, potential disorders originally excluded from the DSM may be “legitimized” by later inclusion. For example, “post-traumatic stress disorder” first appeared in the DSM (DSM-III) in 1980. And, with the publication of the DSM-IV, it no longer required “a psychologically traumatic event that is generally outside the range of usual human experience” (Jones, at p. 132). Similarly, the

*of the North*, par. 68). Or, ces justifications ne résistent pas à l’analyse. En fait, on exagère selon moi l’importance de l’objectivité, de la certitude et de la prévisibilité qui découleraient de l’obligation d’établir l’existence d’un trouble psychologique reconnaissable. Le diagnostic d’un trouble psychiatrique, comme celui d’une maladie ou d’un préjudice physique, peut parfois être source de désaccord même chez les médecins traitants (M. A. Jones, « Liability for Psychiatric Damage : Searching for a Path between Pragmatism and Principle », dans J. W. Neyers, E. Chamberlain et S. G. A. Pitel, dir., *Emerging Issues in Tort Law* (2007), 113, p. 131). Dès lors, les troubles répertoriés dans le DSM ne sont pas immuables et sont révisés en permanence pour rendre compte de l’évolution du consensus psychiatrique sur la classification des troubles psychiatriques. Certaines qualifications largement acceptées peuvent en effet devenir désuètes. Ainsi, le DSM (DSM-II) a considéré l’homosexualité comme un trouble psychiatrique jusqu’en 1973; il l’a ensuite qualifiée de [TRADUCTION] « trouble de l’orientation sexuelle » chez les personnes qui vivaient une sorte de conflit intérieur vis-à-vis de leur orientation sexuelle; dans le DSM-III, cette qualification est remplacée par « homosexualité égo-dystonique », laquelle a été retirée en 1987 (J. Drescher, « Out of DSM : Depathologizing Homosexuality » (2015), 5 *Behav. Sci.* 565, p. 571). En ce qui concerne la CIM, l’homosexualité y a figuré jusqu’en 1990 et l’homosexualité égo-dystonique y constitue encore un état reconnu (bien que, en 2014, l’Organisation mondiale de la santé en ait recommandé le retrait dans la 11<sup>e</sup> révision alors en cours) (S. Cochran et autres, « Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* (ICD-11) » (2014), 92 *Bull. World Health Organ.* 672).

[33] À l’inverse, un trouble potentiel d’abord exclu du DSM peut y être « reconnu » par la suite. À titre d’exemple, le « trouble de stress post-traumatique » a fait son entrée dans le DSM (DSM-III) en 1980. Qui plus est, depuis la publication du DSM-IV, il ne nécessite plus [TRADUCTION] « un événement traumatisant au plan psychologique qui se situe généralement au-delà de l’expérience

release of the 5th edition of the DSM (DSM-V) was preceded by a debate about the inclusion of grief as a psychiatric condition (R. A. Bryant, “Grief as a psychiatric disorder” (2012), 201 *Brit. J. Psychiatry* 9, at pp. 9-10). Rather than fostering objectivity, certainty and predictability of outcomes, then, tethering determinations of legal liability to these iterative diagnostic tools relegates the law of negligence to following a sometimes meandering path as it is cleared by the cutting edge of *au courant* thinking in modern psychiatry — wherever it may lead, or from wherever it may retreat.

[34] The view that a recognizable psychiatric illness requirement is necessary to prevent indeterminate liability, advanced before us by the respondents and the Insurance Bureau of Canada, is similarly untenable. Article 1457 of the *Civil Code of Québec* imposes a liability rule binding defendants “to make reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature” (see, e.g., *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268, at para. 27). And yet, our attention has not been drawn to any instances where Quebec courts imposed liability that was in some way “indeterminate”. Further, and as I have explained is the case with unmeritorious or trivial claims for negligently caused mental injury, robust application of the elements of the cause of action of negligence should also be sufficient to address concerns for indeterminate liability. In particular, liability for mental injury must be confined to claims which satisfy the proximity analysis within the duty of care framework, which focuses on the relationship between the parties (*Cooper*, at para. 30), and the remoteness inquiry, which asks whether “the harm [is] too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable” (*Mustapha*, at para. 12, quoting Linden and Feldthusen, at p. 360). We have been given no reason to suppose that the same sort of constraints which negligence law imposes upon claimants alleging physical injury would be less effective in weeding out unworthy claims for mental injury. It is therefore not only undesirable, but unnecessary to distort negligence law

humaine normale » (Jones, p. 132). Dans la même veine, la publication de la 5<sup>e</sup> édition du DSM (DSM-V) a été précédée d’un débat sur l’ajout de la tristesse profonde aux affections psychiatriques recensées (R. A. Bryant, « Grief as a psychiatric disorder » (2012), 201 *Brit. J. Psychiatry* 9, p. 9-10). Au lieu de favoriser l’objectivité, la certitude et la prévisibilité, s’en remettre à ces outils diagnostiques itératifs pour déterminer la responsabilité en droit relègue l’application des principes de la négligence au fait de suivre un sentier parfois sinueux qui est déblayé par la fine pointe des courants de pensée à la mode de la psychiatrie moderne, peu importe où cela nous mène.

[34] La prétention que font aujourd’hui valoir les intimés et le Bureau d’assurance du Canada et selon laquelle il faut exiger la preuve de l’existence d’un trouble psychiatrique reconnaissable pour faire obstacle à la responsabilité indéterminée est elle aussi insoutenable. L’article 1457 du *Code civil du Québec* énonce une règle de responsabilité qui oblige le défendeur à « réparer ce préjudice [. . .] qu’il soit corporel, moral ou matériel » (voir p. ex. *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, par. 27). Or, nul n’a relevé à notre intention une affaire dans laquelle un tribunal québécois a imposé une responsabilité de nature « indéterminée ». De plus, comme c’est le cas de la demande infondée ou visant l’indemnisation d’un préjudice mental anodin imputé à la négligence, l’application rigoureuse des conditions auxquelles il peut y avoir une cause d’action en négligence devrait également suffire pour écarter une éventuelle responsabilité indéterminée. Plus précisément, la responsabilité du préjudice mental ne devrait être reconnue que lorsque la demande satisfait aux exigences de proximité pour les besoins de l’obligation de diligence, l’accent étant alors mis sur le lien entre les parties (*Cooper*, par. 30), et au critère du caractère éloigné du préjudice, la question étant alors de savoir si « le préjudice a trop peu de lien avec l’acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable » (*Mustapha*, par. 12, citant Linden et Feldthusen, p. 360). Aucune raison n’a été avancée qui nous permette de supposer que les exigences du droit de la négligence à l’égard

by applying the mechanism of a diagnostic threshold for proving mental injury.

[35] In short, no cogent basis has been offered to this Court for erecting distinct rules which operate to preclude liability in cases of mental injury, but not in cases of physical injury. Indeed, there is good reason to recognize the law of negligence as already according each of these different forms of personal injury — mental and physical — identical treatment. As the Court observed in *Mustapha* (at para. 8), the distinction between physical and mental injury is “elusive and arguably artificial in the context of tort”. Continuing (and citing *Page v. Smith*, at p. 188), the Court explained that, “[i]n an age when medical knowledge is expanding fast, and psychiatric knowledge with it, it would not be sensible to commit the law to a distinction between physical and psychiatric injury, which may . . . soon be altogether outmoded. Nothing will be gained by treating them as different ‘kinds’ of personal injury, so as to require the application of different tests in law” (emphasis in original; see also S. Deakin, A. Johnston and B. Markesinis, *Markesinis and Deakin’s Tort Law* (7th ed. 2013), at p. 124). This is entirely consistent with the Court’s longstanding view, expressed over a century ago, by Fitzpatrick C.J. in *Toronto Railway*, at pp. 269-70:

It would appear somewhat difficult to distinguish between the injury caused to the human frame by the impact and that resulting to the nervous system in consequence of the shock . . . . The nature of the mysterious relation which exists between the nervous system and the passive tissues of the human body has been the subject of much learned speculation, but I am not aware that the extent to which the one acts and reacts upon the other has yet been definitely ascertained. . . . I cannot find the line of demarcation between the damage resulting to the

du demandeur qui allègue un préjudice physique écarteraient moins bien l’allégation infondée d’un préjudice mental. Partant, non seulement il n’est pas souhaitable mais il n’est pas nécessaire de dénaturer le droit de la négligence par l’exigence arbitraire d’un diagnostic pour prouver le préjudice mental.

[35] Bref, aucun motif de nature à convaincre la Cour de cautionner l’application de règles distinctes qui écartent la responsabilité dans le cas d’un préjudice mental, mais non dans le cas d’un préjudice physique, n’a été soumis en l’espèce. À vrai dire, il existe une bonne raison de reconnaître que le droit de la négligence réserve déjà un traitement identique à chacune de ces formes — mentale et physique — de préjudice personnel. Comme le signale la Cour dans l’arrêt *Mustapha*, « [e]n matière de responsabilité délictuelle, la distinction entre préjudice physique et préjudice psychologique est difficile à cerner, voire artificielle » (par. 8). Elle poursuit en citant un extrait de l’arrêt *Page c. Smith* (p. 188) : [TRADUCTION] « [E]n cette époque d’essor rapide des connaissances médicales, y compris en matière psychiatrique, il ne serait pas raisonnable d’astreindre les tribunaux à appliquer en droit une distinction entre préjudice physique et préjudice [mental], distinction [. . .] qui pourrait, sous peu, être complètement dépassée. On ne gagne rien à les considérer comme des “catégories” différentes de préjudice à la personne et à forcer, de ce fait, l’application de critères juridiques différents » (souligné dans l’original; voir également S. Deakin, A. Johnston et B. Markesinis, *Markesinis and Deakin’s Tort Law* (7<sup>e</sup> éd. 2013), p. 124). Ces propos s’inscrivent dans le droit fil de la position que la Cour a adoptée il y a plus d’un siècle sous la plume du juge en chef Fitzpatrick dans l’arrêt *Toronto Railway* :

[TRADUCTION] Il semblerait assez difficile d’établir une distinction entre le préjudice infligé par l’impact à la charpente humaine et celui que subit le système nerveux par suite du choc [. . .] La nature du lien mystérieux qui unit le système nerveux aux tissus passifs du corps humain a fait l’objet d’un grand nombre d’hypothèses savantes, mais je ne crois pas que la mesure dans laquelle l’un influe sur l’autre a encore été déterminée définitivement. [. . .] je ne puis tracer la ligne de démarcation entre le préjudice infligé au [corps] humain [. . .] et celui qui peut découler



human [body] . . . and that which may flow from the disturbance of the nervous system . . . . The latter may well be the result of a derangement of the relation existing between the bones, the sinews, the arteries and the nerves. In any event the resultant effect is the same. The victim is incapacitated . . . .

Or, as Davies J. (as he then was) added in *Toronto Railways* (at p. 275), “[t]he nervous system is just as much a part of man’s physical being as the muscular or other parts”. In a similar vein, Lord Macmillan, in *Bourhill v. Young* (at p. 103), said “[t]he distinction between mental shock and bodily injury was never a scientific one, for mental shock is presumably in all cases the result of, or at least accompanied by, some physical disturbance in the sufferer’s system.”

[36] It follows that requiring claimants who allege one form of personal injury (mental) to prove that their condition meets the threshold of “recognizable psychiatric illness”, while not imposing a corresponding requirement upon claimants alleging another form of personal injury (physical) to show that their condition carries a certain classificatory label, is inconsistent with prior statements of this Court, among others. It accords unequal — that is, less — protection to victims of mental injury. And it does so for no principled reason (Beever, at p. 410). I would not endorse it.

[37] None of this is to suggest that mental injury is always as readily demonstrable as physical injury. While allegations of injury to muscular tissue may sometimes pose challenges to triers of fact, many physical conditions such as lacerations and broken bones are objectively verifiable. Mental injury, however, will often not be as readily apparent. Further, and as *Mustapha* makes clear, mental injury is not proven by the existence of mere psychological *upset*. While, therefore, tort law protects persons from negligent interference with their mental health, there is no legally cognizable right to happiness. Claimants must, therefore, show much more — that the disturbance suffered by the claimant is “serious and prolonged and rise[s] above the ordinary annoyances,

de la perturbation du système nerveux [. . .] Celle-ci peut fort bien avoir été causée par une altération du lien entre les os, les tendons, les artères et les nerfs. En tout état de cause, la conséquence est la même. La victime est frappée d’incapacité . . . [p. 269-270]

En d’autres termes, comme l’ajoute le juge Davies (plus tard Juge en chef) dans le même l’arrêt, [TRADUCTION] « [l]e système nerveux fait tout autant partie de la réalité physique de l’être humain que les muscles ou les autres composants » (p. 275). De même, dans l’arrêt *Bourhill c. Young*, lord Macmillan dit que [TRADUCTION] « [l]a distinction entre le choc mental et le préjudice physique n’a jamais eu d’assise scientifique, car il y a lieu de croire que le choc mental découle ou, du moins s’accompagne, dans tous les cas, d’un dérèglement physique » (p. 103).

[36] Dès lors, obliger le demandeur qui allègue un préjudice personnel de nature mentale à prouver d’abord que son état correspond à un « trouble psychiatrique reconnaissable », c’est-à-dire le contraindre à prouver que son état est dûment répertorié, sans faire la même obligation au demandeur qui allègue un préjudice personnel de nature physique, va à l’encontre des affirmations antérieures de la Cour et d’autres tribunaux. C’est accorder une protection inégale, c’est-à-dire moindre, à la victime d’un préjudice mental, et ce, sans justification rationnelle (Beever, p. 410), ce que je ne saurais cautionner.

[37] Pour autant, le préjudice mental ne se démontre pas toujours aussi aisément que le préjudice physique. Bien qu’une allégation d’endommagement du tissu musculaire puisse parfois se révéler problématique pour le juge des faits, l’existence de bon nombre d’affections physiques, comme les lacerations et les fractures, peut être confirmée de manière objective. Par contre, dans bien des cas, le préjudice mental n’est pas aussi évident. De plus, comme le dit clairement la Cour dans l’arrêt *Mustapha*, la seule *contrariété* ne saurait établir le *préjudice* mental. Même si elles protègent donc la personne contre l’atteinte par négligence à sa santé mentale, les règles de la responsabilité délictuelle ne lui reconnaissent pas le droit d’être heureuse. En

anxieties and fears” that come with living in civil society (*Mustapha*, at para. 9). To be clear, this does not denote distinct legal treatment of mental injury relative to physical injury; rather, it goes to the prior legal question of what constitutes “mental injury”. Ultimately, the claimant’s task in establishing a mental injury is to show the requisite degree of disturbance (although not, as the respondents say, to show its classification as a recognized psychiatric illness).

[38] Nor should any of this be taken as suggesting that expert evidence cannot assist in determining whether or not a mental injury has been shown. In assessing whether the claimant has succeeded, it will often be important to consider, for example, how seriously the claimant’s cognitive functions and participation in daily activities were impaired, the length of such impairment and the nature and effect of any treatment (Mulheron, at p. 109). To the extent that claimants do not adduce relevant expert evidence to assist triers of fact in applying these and any other relevant considerations, they run a risk of being found to have fallen short. As Thomas J. observed in *van Soest* (at para. 103), “[c]ourts can be informed by the expert opinion of modern medical knowledge”, “without needing to address the question whether the mental suffering is a recognisable psychiatric illness or not”. To be clear, however: while relevant expert evidence will often be helpful in determining whether the claimant has proven a mental injury, it is not required as a matter of law. Where a psychiatric diagnosis is unavailable, it remains open to a trier of fact to find on other evidence adduced by the claimant that he or she has proven on a balance of probabilities the occurrence of mental injury. And, of course, it also remains open to the defendant, in rebutting a claim, to call expert evidence establishing that the accident cannot have caused *any* mental injury, or at least any mental injury known to psychiatry. While, for the reasons I have given, the lack of a diagnosis cannot on its own be dispositive, it is something

conséquence, le demandeur a un fardeau de preuve bien plus grand, si bien qu’il doit établir que le préjudice subi est « grave et de longue durée, et qu’il ne [s’agit pas] simplement des désagréments, angoisses et craintes ordinaires » inhérents à la vie en société (*Mustapha*, par. 9). Cette réalité ne dénote toutefois pas l’existence d’une distinction en droit entre le préjudice mental et le préjudice physique, mais tient plutôt à la question juridique préalable de savoir en quoi consiste le « préjudice mental ». En dernière analyse, pour prouver l’existence d’un préjudice mental, le demandeur doit montrer que le dérèglement atteint le degré de sévérité exigé (mais non, contrairement à ce que prétendent les intimés, que son état est dûment répertorié en tant que trouble psychiatrique reconnu).

[38] Il ne s’ensuit pas non plus que la preuve d’expert n’est d’aucune utilité pour décider si l’existence d’un préjudice mental a été établie ou non. Il importe dans bien des cas que le tribunal saisi de l’allégation s’interroge, par exemple, sur la gravité de l’atteinte aux fonctions cognitives et au déroulement des activités quotidiennes du demandeur, sur la durée de cette atteinte, ainsi que sur la nature et l’effet de tout traitement (Mulheron, p. 109). Le demandeur qui ne présente aucune preuve d’expert susceptible d’épauler le juge des faits dans la prise en compte de ces facteurs et d’autres considérations pertinentes s’expose au risque d’être débouté à cause du caractère insuffisant de sa preuve. Dans l’arrêt *van Soest*, le juge Thomas fait remarquer que [TRADUCTION] « l’expert peut éclairer le tribunal sur l’état actuel des connaissances médicales » « sans devoir aborder la question de savoir si la souffrance morale correspond à un trouble psychiatrique reconnaissable ou non » (par. 103). Précisons toutefois que même si l’opinion d’un expert est souvent utile pour décider si le demandeur a établi ou non l’existence d’un préjudice mental, elle n’est pas exigée sur le plan juridique. Malgré l’absence d’un diagnostic psychiatrique, il demeure loisible au juge des faits de conclure, à la lumière des éléments de preuve offerts, que le demandeur a prouvé l’existence d’un préjudice mental selon la prépondérance des probabilités. Et, bien sûr, le défendeur peut également réfuter l’allégation en faisant témoigner un expert pour établir que l’accident n’a pu avoir causé *quelque* préjudice mental ou, du moins, quelque préjudice mental connu en

that the trier of fact can choose to weigh against evidence supporting the existence of a mental injury.

### (3) Application

[39] The trial judge found that the accident caused the appellant to suffer “psychological injuries, including personality change and cognitive difficulties” (para. 50) such as slowed speech, leading to a deterioration of his close personal relationships with his family and friends. He remarked (at para. 65) that the appellant “was a changed man with his irritability likely reflecting a dark realization that he was not the man he once was”. These findings have not been challenged. And, as findings of fact, they are entitled to appellate deference, absent palpable and overriding error (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10).

[40] I see no legal error in the trial judge’s treatment of the evidence of the appellant’s symptoms as supporting a finding of mental injury. Those symptoms fit well within the *Mustapha* parameters of mental injury which I have already recounted. While there was no expert testimony associating them with a condition identified in the DSM or ICD, I reiterate that what matters is substance — meaning, those symptoms — and not the label. And, the evidence accepted by the trial judge clearly showed a serious and prolonged disruption that transcended ordinary emotional upset or distress.

## IV. Conclusion and Disposition

[41] I would allow the appeal, with costs in this Court and in the courts below.

psychiatrie. Même si, pour les raisons exposées précédemment, l’absence de diagnostic ne peut à elle seule clore le dossier, il s’agit d’un élément que le juge des faits peut décider de mettre en balance avec les éléments avancés à l’appui de l’existence d’un préjudice mental.

### (3) Application

[39] Le juge de première instance conclut que l’accident a infligé à l’appellant [TRADUCTION] « des préjudices psychologiques, dont un changement de personnalité et des troubles cognitifs » (par. 50) et, plus particulièrement, des difficultés d’élocution, ce qui a entraîné une détérioration de ses liens personnels étroits avec sa famille et ses amis. Il ajoute que l’appellant « n’était plus le même homme et que son irritabilité s’expliqu[ait] vraisemblablement par la prise de conscience tragique de ne plus être l’homme qu’il avait été » (par. 65). Ces conclusions ne sont pas contestées et, s’agissant de conclusions de fait, elles commandent la déférence en appel, sauf erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10).

[40] Je ne relève aucune erreur de droit dans la conclusion du juge de première instance selon laquelle la preuve des symptômes de l’appellant établit l’existence d’un préjudice mental. Ces symptômes respectent les paramètres du préjudice mental définis dans l’arrêt *Mustapha* et dont je fais mention précédemment. Aucun témoignage d’expert n’a associé ces symptômes à un état dûment répertorié dans le DSM ou la CIM, mais ce qui compte, je le répète, c’est la réalité, celle des symptômes, non leur qualification particulière. Or, la preuve admise en première instance démontre à l’évidence l’existence d’un dérèglement grave et de longue durée qui va au-delà des contrariétés émotionnelles ou angoisses ordinaires.

## IV. Conclusion et dispositif

[41] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

[42] The respondents seek to have the matter returned to the Court of Appeal for determination of their alternative grounds of appeal before that court — that the trial judge erred in finding that the mental injury caused by the accident was indivisible from any injury arising from the third accident; and that the damage award was excessive. I would, instead, restore the trial judge’s award.

[43] The (in)divisibility of two injuries is a question of fact (*Bradley*, at paras. 32 and 37). Here, the trial judge found that “the cause of the change to the plaintiff’s personality and his cognitive difficulties cannot be divided based on the events before and after September 17, 2005” (para. 58). That finding, which was open to him to make on this record, is entitled to deference. The respondents now argue that the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, “serves to sever the case even in the context of an indivisible injury”, “because the [Act] creates a complete scheme and bars compensation” (transcript, at p. 82). This argument, based on an interpretation of s. 10 of the *Workers Compensation Act*, was made briefly in oral argument at trial (see R.R., vol. I, at pp. 253-54), but did not appear in their written submissions. While this argument appears to have found support in *Pinch v. Hofstee*, 2015 BCSC 1888, it was not dealt with by the trial judge in this case. For whatever reason, the respondents did not raise it at the Court of Appeal or in their factum filed at this Court. It was revived only in their oral submissions before us. Without endorsing or rejecting the reasoning in *Pinch*, I observe that, without full submissions and a pertinent lower court record, this is not an appropriate circumstance to decide the effect of workers’ compensation legislation on the divisibility of injuries.

[44] As to the quantum of the award, I note that both accidents at the root of this appeal occurred nearly 12 years ago, and that the litigation — in which the respondents have admitted liability — is

[42] Les intimés demandent que la Cour d’appel soit de nouveau saisie de l’affaire pour statuer sur les moyens d’appel subsidiaires invoqués devant elle, en l’occurrence que le juge de première instance a eu tort de conclure que le préjudice mental causé par l’accident est indissociable de celui infligé par le troisième accident et que le montant de l’indemnité accordée est excessif. Je suis plutôt d’avis de rétablir l’indemnisation accordée en première instance.

[43] L’indissociabilité ou la dissociabilité de deux préjudices est une question de fait (*Bradley*, par. 32 et 37). En l’espèce, le juge de première instance conclut que [TRADUCTION] « la cause du changement de personnalité observé chez l’appelant et de ses problèmes cognitifs ne peut être scindée en fonction des faits antérieurs au 17 septembre 2005 et de ceux postérieurs à cette date » (par. 58). Cette conclusion, qu’il lui était loisible de tirer à partir du dossier, commande la déférence. Les intimés font aujourd’hui valoir que la *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, [TRADUCTION] « permet de scinder la réclamation même s’il s’agit d’un préjudice indivisible », « car la [Loi] établit un régime complet et fait obstacle à l’indemnisation » (transcription, p. 82). Cet argument fondé sur l’art. 10 de la *Workers Compensation Act* a été formulé succinctement et de vive voix à l’audience (transcription, p. 82), mais il ne figure pas dans la plaidoirie écrite des intimés (voir d.i., vol. I, p. 253-254). Même si l’argument paraît trouver appui dans la décision *Pinch c. Hofstee*, 2015 BCSC 1888, il n’a pas été considéré par le juge de première instance. Pour un motif connu d’eux seuls, les intimés ne l’ont pas invoqué en Cour d’appel, non plus que dans le mémoire déposé auprès de la Cour. Ce n’est qu’à l’audition du pourvoi qu’ils l’ont invoqué à nouveau, de vive voix. Sans faire droit ou rejeter le raisonnement tenu dans *Pinch*, je signale que, faute d’observations complètes devant nous et d’éléments pertinents dans le dossier de première instance, la présente affaire ne se prête pas à une décision concernant l’effet des dispositions relatives à l’indemnisation des accidentés du travail sur la dissociabilité des préjudices.

[44] Quant au montant de l’indemnité, je constate que les deux accidents à l’origine du pourvoi ont eu lieu il y a presque 12 ans et que l’instance — dans le cadre de laquelle les intimés ont reconnu leur

now (as of this month) fully 10 years old. Further, the modest award in this case is not out of step with non-pecuniary damage awards from British Columbia courts for injuries causing personality changes and cognitive difficulties with similar consequences upon the plaintiff's enjoyment of life (e.g. *Zawadzki v. Calimoso*, 2011 BCSC 45).

[45] The Court's power to remand to a court of appeal is discretionary (*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 46.1; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 68). The passage of time since the acknowledged wrong against Mr. Saadati and the commencement of these proceedings militates against remand. As in *Wells*, the damages assessed by the trial judge are reasonable, supported by the record, and fairly compensate the appellant's loss. I conclude, therefore, that it would not "be just in the circumstances" (s. 46.1) to remand this matter to the Court of Appeal.

*Appeal allowed with costs throughout.*

*Solicitors for the appellant: Preszler Law, Vancouver.*

*Solicitor for the respondents: Intact Insurance Company, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener: Stikeman Elliott, Toronto.*

responsabilité — a pris naissance il y a tout juste 10 ans ce mois-ci. Aussi, la somme modeste accordée en l'espèce n'est pas en rupture avec les dommages-intérêts non pécuniaires octroyés par les tribunaux de la Colombie-Britannique pour un préjudice ayant entraîné chez un demandeur un changement de personnalité et des problèmes cognitifs qui ont eu des répercussions semblables sur sa qualité de vie (p. ex. *Zawadzki c. Calimoso*, 2011 BCSC 45).

[45] Le pouvoir de la Cour de renvoyer l'affaire à la cour d'appel est de nature discrétionnaire (*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 46.1; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 68). Le temps écoulé depuis l'acte fautif reconnu dont M. Saadati a été victime et le début de l'instance milite contre le renvoi. Comme dans *Wells*, le montant déterminé par le juge de première instance est raisonnable et en adéquation avec le dossier, et il indemnise convenablement l'appelant de la perte qu'il a subie. J'estime donc que renvoyer l'affaire à la Cour d'appel ne constituerait pas une « mesur[e] [. . .] appropri[ée] » (art. 46.1).

*Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours.*

*Procureurs de l'appelant : Preszler Law, Vancouver.*

*Procureur des intimés : Intact Insurance Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant : Stikeman Elliott, Toronto.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 2017 Vol. 1**

**3<sup>e</sup> cahier, 2017 Vol. 1**

Cited as [2017] 1 S.C.R. 575-863

Renvoi [2017] 1 R.C.S. 575-863

---

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

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

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs SÉBASTIEN GAGNÉ	MANON PLOUFFE
--	---------------

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

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





## CONTENTS

### **Pellerin Savitz LLP v. Guindon ..... 575**

Prescription — Extinctive prescription — Beginning of prescription period — Action for recovery of lawyer's professional fees — Fee agreement providing for 30-day period for payment of invoices — Lawyer bringing action to claim unpaid fees after several invoices had been sent — Trial judge concluding that action was prescribed, because it had been instituted more than three years after date of each invoice — Court of Appeal instead holding that prescription had not begun to run until expiration of 30-day period specified in fee agreement for payment of each invoice — Date when lawyer's right to claim professional fees arose — Whether action is prescribed — Civil Code of Québec, art. 2880 para. 2.

### **Stewart v. Elk Valley Coal Corp. .... 591**

Human rights — Discriminatory practices — Discrimination based on mental or physical disability — Drug dependency — Employer's policy aimed at ensuring safety required employees to disclose dependence or addiction issues before drug-related incident — Employee involved in accident — Employee tested positive for drug use — Employer terminated employee's employment pursuant to policy — Whether employee was terminated for addiction or for breaching policy — If termination constituted prima facie discrimination, whether employer met its obligation to accommodate employee to point of undue hardship — Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 2000, c. H-14, s. 7(1).

### **R. v. Cody ..... 659**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within a reasonable time — Pre-Jordan delay of more than five years between charges and anticipated end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — Framework for determining s. 11(b) infringement set out in Jordan applied.

## SOMMAIRE

### **Pellerin Savitz s.e.n.c.r.l. c. Guindon ..... 575**

Prescription — Prescription extinctive — Point de départ de la prescription — Action en recouvrement d'honoraires professionnels d'avocats — Convention d'honoraires prévoyant un délai de 30 jours pour le paiement des factures — Avocat intentant un recours afin de réclamer des honoraires impayés à la suite de l'envoi de plusieurs factures — Premier juge concluant que le recours est prescrit, car initié plus de trois ans après la date de chacune des factures — Cour d'appel estimant plutôt que la prescription ne court qu'une fois expiré le délai de 30 jours prévu à la convention pour le paiement de chaque facture — À quelle date le droit de l'avocat de réclamer ses honoraires professionnels a-t-il pris naissance? — L'action est-elle prescrite? — Code civil du Québec, art. 2880 al. 2.

### **Stewart c. Elk Valley Coal Corp. .... 591**

Droits de la personne — Pratiques discriminatoires — Discrimination fondée sur une déficience mentale ou physique — Dépendance aux drogues — Politique de l'employeur visant à assurer la sécurité qui oblige les employés à révéler tout problème de dépendance ou d'accoutumance avant qu'un incident lié à la drogue ne survienne — Employé impliqué dans un accident — Obtention par l'employé d'un résultat positif à un test de dépistage de drogues — Employeur congédiant l'employé en vertu de la politique — L'employé a-t-il été congédié en raison de sa dépendance ou parce qu'il a violé la politique? — Si le congédiement constitue de la discrimination prima facie, l'employeur s'est-il acquitté de son obligation de composer avec l'employé tant qu'il n'en résulte pas pour lui une contrainte excessive? — Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 2000, c. H-14, art. 7(1).

### **R. c. Cody ..... 659**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Écoulement avant le prononcé de l'arrêt Jordan d'un délai de plus de cinq ans entre le dépôt des accusations et la conclusion anticipée du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Application du cadre énoncé dans Jordan pour établir s'il y a eu violation de l'art. 11b).

## CONTENTS (Continued)

### **Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia ..... 688**

Arbitration — Appeals — Jurisdiction — Standard of review — Commercial arbitration awards — Province reducing forestry company's access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties disagreeing as to amount of compensation owed to forestry company and entering into arbitration — Leave to appeal award sought by parties pursuant to s. 31(2) of the Arbitration Act — Appeal of award dismissed in part but dismissal reversed by Court of Appeal — Whether Court of Appeal erred in construing issues decided by arbitrator as questions of law subject to appellate review — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31.

Contracts — Interpretation — Use of factual matrix — Province reducing forestry company's access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties entering into agreement to negotiate compensation owed to forestry company for loss of access to improvements — Agreement precluding payment of interest as part of compensation — Parties disagreeing as to amount of compensation and entering into arbitration — Whether legal question arises from arbitrator's contractual interpretation of forestry company's entitlement to interest.

Natural resources — Forests — Permits and licences — Province reducing forestry company's access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties disagreeing as to amount of compensation owed to forestry company and entering into arbitration — Whether arbitrator's conclusion that forestry company's losses may be valued on basis of depreciation replacement cost method was reasonable — Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, c. 17, s. 6(4).

### **Douez v. Facebook, Inc. .... 751**

Private international law — Courts — Jurisdiction — Choice of forum — Forum selection clauses — Consumer contract of adhesion — Company with head office in California operating online social network — Company's terms of use containing forum selection clause in favour of California courts — Resident of British Columbia and member of company's online social network bringing action against company in British Columbia relying on statutory tort pursuant to British Columbia's Privacy Act

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique ..... 688**

Arbitrage — Appels — Compétence — Norme de contrôle — Sentences arbitrales commerciales — Réduction par la province de l'accès d'une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Désaccord des parties sur le montant de l'indemnité due à l'entreprise forestière et recours par celles-ci à l'arbitrage — Parties demandant l'autorisation d'interjeter appel de la sentence en vertu de l'art. 31(2) de l'Arbitration Act — Appel de la sentence rejeté en partie mais rejet infirmé par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en considérant les questions tranchées par l'arbitre comme des questions de droit susceptibles de contrôle en appel? — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, art. 31.

Contrats — Interprétation — Recours au fondement factuel — Réduction par la province de l'accès d'une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Conclusion par les parties d'une convention en vue de négocier l'indemnité due à l'entreprise forestière pour la perte de l'accès à des améliorations — Convention écartant le paiement d'intérêts sur l'indemnité — Désaccord des parties sur le montant de l'indemnité et recours par celles-ci à l'arbitrage — Une question de droit découle-t-elle de l'interprétation contractuelle donnée par l'arbitre au droit de l'entreprise forestière de toucher des intérêts?

Ressources naturelles — Forêts — Permis et licences — Réduction par la province de l'accès d'une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Désaccord des parties sur le montant de l'indemnité due à l'entreprise forestière et recours par celles-ci à l'arbitrage — La conclusion de l'arbitre selon laquelle il est possible d'évaluer les pertes de l'entreprise forestière selon la méthode du coût de remplacement déprécié était-elle raisonnable? — Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, c. 17, art. 6(4).

### **Douez c. Facebook, Inc. .... 751**

Droit international privé — Tribunaux — Compétence — Choix du tribunal — Clauses d'élection de for — Contrat d'adhésion en matière de consommation — Exploitation d'un réseau social en ligne par une entreprise dont le siège est situé en Californie — Présence dans les conditions d'utilisation de l'entreprise d'une clause d'élection de for attribuant compétence aux tribunaux de la Californie — Action d'une résidente de la Colombie-Britannique membre du réseau social alléguant la commission par

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

— Whether action should be stayed on basis of forum selection clause contained in terms of use — Common law test for forum selection clauses applied in consumer context — Whether analysis of forum selection clauses should be subsumed under forum non conveniens test adopted in s. 11 of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4 — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.

Privacy — Courts — Jurisdiction — British Columbia's Privacy Act providing that despite anything contained in another Act, actions under Privacy Act must be heard and determined by Supreme Court of that province — Statute silent on contractual provisions — Whether Privacy Act overrides forum selection clauses — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4.

### **Google Inc. v. Equustek Solutions Inc. .... 824**

Injunctions — Interlocutory injunction — Non-party — Technology company bringing action against distributor for unlawful use and sale of its intellectual property through Internet — Company granted interlocutory injunction against Google, a non-party to underlying action, to cease indexing or referencing certain search results on its Internet search engine — Whether Google can be ordered, pending trial of action, to globally de-index websites of distributor which, in breach of several court orders, is using those websites to unlawfully sell intellectual property of another company — Whether Supreme Court of British Columbia had jurisdiction to grant injunction with extraterritorial effect — Whether, if it did, it was just and equitable to do so.

## SOMMAIRE (Fin)

l'entreprise d'un délit civil prévu dans la Privacy Act de la Colombie-Britannique — Y a-t-il lieu de suspendre l'action en raison de la clause d'élection de for que renferment les conditions d'utilisation? — Application à un contrat de consommation du test de common law qui vaut à l'égard des clauses d'élection de for — L'analyse que commande la clause d'élection de for devrait-elle être assimilée à celle que commande la règle du forum non conveniens adoptée à l'art. 11 de la Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act? — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 4 — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, art. 11.

Protection des renseignements personnels — Tribunaux — Compétence — La Privacy Act de la Colombie-Britannique prévoit que, malgré les dispositions de toute autre loi, la Cour suprême de cette province connaît de toute action fondée sur ses dispositions — Elle ne fait aucune mention des stipulations contractuelles — A-t-elle préséance sur les clauses d'élection de for? — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 4.

### **Google Inc. c. Equustek Solutions Inc. .... 824**

Injonctions — Injonction interlocutoire — Tiers — Entreprise de technologie intentant une action contre un distributeur pour utilisation et vente illégales de ses éléments de propriété intellectuelle au moyen d'Internet — Entreprise obtenant une injonction interlocutoire intimant à Google, un tiers à l'action sous-jacente, de cesser le listage et le référencement de certains résultats de son moteur de recherche sur Internet — Google peut-elle se voir ordonner, en attendant l'issue du procès sur l'action, de délistier l'ensemble des sites Web d'un distributeur qui utilise, en contravention avec plusieurs ordonnances judiciaires, ces sites pour vendre illégalement les éléments de propriété intellectuelle d'une autre entreprise? — La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait-elle compétence pour accorder une injonction ayant des effets extraterritoriaux? — Dans l'affirmative, était-il juste et équitable qu'elle le fasse?



**Pellerin Savitz LLP** *Appellant*

v.

**Serge Guindon** *Respondent*

**INDEXED AS: PELLERIN SAVITZ LLP v.  
GUINDON**

**2017 SCC 29**

File No.: 36915.

2017: February 22; 2017: June 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Prescription — Extinctive prescription — Beginning of prescription period — Action for recovery of lawyer's professional fees — Fee agreement providing for 30-day period for payment of invoices — Lawyer bringing action to claim unpaid fees after several invoices had been sent — Trial judge concluding that action was prescribed, because it had been instituted more than three years after date of each invoice — Court of Appeal instead holding that prescription had not begun to run until expiration of 30-day period specified in fee agreement for payment of each invoice — Date when lawyer's right to claim professional fees arose — Whether action is prescribed — Civil Code of Québec, art. 2880 para. 2.*

In September 2011, G retained the services of a law firm. The parties entered into a fee agreement providing, among other things, that every invoice would be payable within 30 days and that after that time, interest would be computed and charged. Between October 5, 2011 and March 1, 2012, the lawyer sent five invoices to the client. On March 21, 2012, the client informed the lawyer that he was terminating the contract. On March 12, 2015, the lawyer brought an action to claim the unpaid fees. The trial judge dismissed the action, concluding that it was prescribed because it had been instituted after the prescription period, that is, more than three years after each invoice was prepared and sent. The Court of Appeal confirmed that the action was prescribed as regards the first four invoices. But it held that prescription had not begun to run until the expiration of the 30-day period specified

**Pellerin Savitz s.e.n.c.r.l.** *Appelante*

c.

**Serge Guindon** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : PELLERIN SAVITZ S.E.N.C.R.L. c.  
GUINDON**

**2017 CSC 29**

N° du greffe : 36915.

2017 : 22 février; 2017 : 9 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Prescription — Prescription extinctive — Point de départ de la prescription — Action en recouvrement d'honoraires professionnels d'avocats — Convention d'honoraires prévoyant un délai de 30 jours pour le paiement des factures — Avocat intentant un recours afin de réclamer des honoraires impayés à la suite de l'envoi de plusieurs factures — Premier juge concluant que le recours est prescrit, car initié plus de trois ans après la date de chacune des factures — Cour d'appel estimant plutôt que la prescription ne court qu'une fois expiré le délai de 30 jours prévu à la convention pour le paiement de chaque facture — À quelle date le droit de l'avocat de réclamer ses honoraires professionnels a-t-il pris naissance? — L'action est-elle prescrite? — Code civil du Québec, art. 2880 al. 2.*

En septembre 2011, G retient les services d'une société d'avocats. Les parties concluent une convention d'honoraires qui prévoit notamment que toute facturation est payable dans les 30 jours et qu'après ce délai, des intérêts seront calculés et facturés. Entre le 5 octobre 2011 et le 1<sup>er</sup> mars 2012, l'avocat envoie cinq factures à son client. Le 21 mars 2012, le client informe l'avocat qu'il met fin à son contrat. Le 12 mars 2015, l'avocat intente un recours afin de réclamer ses honoraires impayés. Le premier juge rejette le recours, concluant qu'il est prescrit puisqu'il a été initié après le délai de prescription, soit plus de trois ans suivant la préparation et l'envoi de chacune des factures. La Cour d'appel confirme que le recours est prescrit quant aux quatre premières factures. Par contre, elle estime que la prescription ne court qu'une fois expiré le délai de 30 jours prévu à la convention

in the fee agreement and accordingly ordered the client to pay the invoice of March 1, 2012.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The beginning of the period of extinctive prescription is, as provided for in art. 2880 para. 2 of the *Civil Code of Québec*, the day on which the right of action arises. In contract, the creditor's right of action arises once the debtor's obligation has arisen and is exigible. When this occurs varies with the circumstances, and especially with the terms of the contract itself. These principles apply to agreements for professional fees, which can provide for billing procedures that might alter the beginning of the prescription period.

In this case, the lawyer's action is prescribed except in respect of the invoice of March 1, 2012. The parties' fee agreement established when the client's obligation to pay was to become exigible. It provided that every invoice was to be payable within 30 days. As a result of that suspensive term, each payment did not become exigible, and the prescription period therefore did not begin, until the 31st day after the invoice had been sent.

The time that work (“travaux”) is completed, which applies under the *Civil Code of Québec* in the context of contracts of enterprise, is inapplicable to contracts between a lawyer and his or her client, which are not for the carrying out of a work (“ouvrage”). The nature of a lawyer's work is the provision of services for a certain period of time, not the delivery to a client of a finished product that the client can use. Sometimes, the lawyer's role is also to represent the client in court. A contract between a lawyer and a client can thus be characterized as a contract for services, a mandate or a mixed contract, depending on the nature of the services being provided. None of these types of contracts are subject to rules to the effect that prescription begins to run only upon termination of the contract. A court must therefore refer to the general rule set out in art. 2880 para. 2 of the *Civil Code of Québec* and determine when the right of action arose on the basis of the circumstances of the case before it.

Although lawyers are, because of their ethical obligations, generally barred from suing their clients while still acting for them, this does not have the effect of suspending prescription until the termination of the contract. A lawyer whose client has not yet paid an account that is due and exigible is certainly placed in a difficult situation. However, this situation does not result in an impossibility in fact to act that suspends prescription. Instead, the lawyer must make a choice: either let prescription

d'honoraires et ordonne donc au client de payer la facture du 1<sup>er</sup> mars 2012.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Le point de départ de la prescription extinctive se situe au jour où le droit d'action a pris naissance tel que le prévoit l'art. 2880 al. 2 du *Code civil du Québec*. En matière contractuelle, le droit d'action du créancier prend naissance dès que l'obligation de son débiteur est née et exigible. Ce moment varie selon les circonstances, et plus particulièrement, selon les modalités du contrat en cause. Ces principes s'appliquent aux conventions d'honoraires professionnels, lesquelles peuvent prévoir des procédures de facturation qui pourraient faire varier le point de départ de la prescription.

En l'espèce, le recours de l'avocat est prescrit, sauf pour la facture du 1<sup>er</sup> mars 2012. La convention d'honoraires intervenue entre les parties fixe le moment auquel l'obligation de paiement du client devient exigible. Elle précise que toute facturation est payable dans les 30 jours. Ce terme suspensif reporte l'exigibilité du paiement, et donc le point de départ du délai de prescription, au 31<sup>e</sup> jour suivant l'envoi de chaque facture.

La notion de « fin des travaux » prévue au *Code civil du Québec* dans le contexte des contrats d'entreprise est inapplicable aux contrats intervenant entre un avocat et son client, lesquels ne visent pas la réalisation d'un ouvrage. La nature du travail d'un avocat consiste à offrir ses services pendant une certaine période, et non à livrer à un client un produit fini que ce dernier pourra utiliser. Parfois, son rôle est également de représenter ce client devant les tribunaux. Le contrat conclu par un avocat et son client peut donc être qualifié de contrat de services, de mandat, ou de contrat mixte, selon la nature des services rendus. Aucun de ces types de contrats n'est assorti de règles précisant que la prescription commence à courir uniquement à la fin du contrat. Il faut donc s'en remettre à la règle générale énoncée à l'art. 2880 al. 2 du *Code civil du Québec* et déterminer, selon les circonstances propres à chaque cas, le moment où le droit d'action a pris naissance.

Les obligations déontologiques de l'avocat qui l'empêchent généralement de poursuivre son client pendant qu'il agit encore pour lui ne suspendent pas la prescription jusqu'à la fin du contrat. L'avocat dont le client n'a pas encore payé un compte dû et exigible est certes placé dans une situation difficile. Toutefois, cette situation n'entraîne pas une impossibilité en fait d'agir qui suspend la prescription. Un choix s'impose plutôt à l'avocat : soit laisser courir la prescription en continuant de

run while continuing to act for the client despite the client's failure to pay, or go to court to claim the fees he or she is owed while ceasing to act for the client.

### Cases Cited

**Referred to:** *Leblanc v. Sœurs de l'Espérance*, [1978] 2 S.C.R. 818; *Morin v. Canadian Home Assurance Co.*, [1970] S.C.R. 561; *Beaulieu v. Paquet*, 2016 QCCA 1284; *Dupuy v. Leblanc*, 2016 QCCA 1141; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Re 9022-8818 Québec inc.*, 2005 QCCA 275; *Dallaire v. Dallaire*, 2013 QCCS 1556; *Percé (Ville) v. Roy*, 1995 CanLII 4974; *M.D. v. Plante*, 2009 QCCS 6113; *Bailey v. Fasken Martineau DuMoulin, s.r.l.*, [2005] R.R.A. 842; *Bérocac inc. v. Masson*, [1999] R.J.Q. 195; *Géoret inc. v. Garderie Morin inc.*, [2000] AZ-50187544; *Bureau v. Chapleau*, 2008 QCCQ 4709; *Fraser, Milner, Casgrain v. Viau*, [2001] AZ-50187880; *Lapointe Rosenstein v. 172302 Canada inc.*, 2002 CanLII 15986; *Gagnon v. Voyer*, 2008 QCCQ 10256; *Gestion Immo-Concept inc. (Financière HFC) v. Martial Excavation inc.*, 2013 QCCS 1139; *Kounadis Perreault, s.e.n.c. v. Bois d'Or*, 2013 QCCQ 8359; *Desjardins & Legault CA inc. v. Serour*, 2016 QCCQ 3318; *Gagnon v. Caron*, 2007 QCCQ 12736; *Bélec v. Martin*, 2015 QCCQ 13838; *Bertrand v. Veillet*, 2006 QCCQ 15374; *Bernatchez v. Bergeron*, [2000] AZ-00036682; *Arruda v. Brière*, 2014 QCCQ 6882; *Parizeau v. Lalonde*, 2014 QCCQ 11332; *Lapointe v. Vigneault*, 2009 QCCQ 2673; *Bernard v. Hernandez Sanchez*, 2014 QCCQ 5171, aff'd 2016 QCCA 136; *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3; *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113; *Roy v. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, 2009 QCCA 459; *Dehkissia v. Kaliaguine*, 2011 QCCA 84.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the Québec sales tax*, CQLR, c. T-0.1, ss. 32.3, 82, 83, 422, 437.  
*Civil Code of Lower Canada*, art. 2236.  
*Civil Code of Québec*, arts. 1617, 2098, 2110, 2111, 2116, 2117 to 2124, 2184, 2185, 2880 para. 2, 2904, 2921, 2925, 2931.  
*Code of Professional Conduct of Lawyers*, CQLR, c. B-1, r. 3.1, ss. 48, 71, 72.

### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.

représenter son client malgré le défaut de paiement, soit réclamer ses honoraires devant les tribunaux en cessant d'agir pour ce dernier.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Leblanc c. Sœurs de l'Espérance*, [1978] 2 R.C.S. 818; *Morin c. Canadian Home Assurance Co.*, [1970] R.C.S. 561; *Beaulieu v. Paquet*, 2016 QCCA 1284; *Dupuy c. Leblanc*, 2016 QCCA 1141; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Re 9022-8818 Québec inc.*, 2005 QCCA 275; *Dallaire c. Dallaire*, 2013 QCCS 1556; *Percé (Ville) c. Roy*, 1995 CanLII 4974; *M.D. c. Plante*, 2009 QCCS 6113; *Bailey c. Fasken Martineau DuMoulin, s.r.l.*, [2005] R.R.A. 842; *Bérocac inc. c. Masson*, [1999] R.J.Q. 195; *Géoret inc. c. Garderie Morin inc.*, [2000] AZ-50187544; *Bureau c. Chapleau*, 2008 QCCQ 4709; *Fraser, Milner, Casgrain c. Viau*, [2001] AZ-50187880; *Lapointe Rosenstein c. 172302 Canada inc.*, 2002 CanLII 15986; *Gagnon c. Voyer*, 2008 QCCQ 10256; *Gestion Immo-Concept inc. (Financière HFC) c. Martial Excavation inc.*, 2013 QCCS 1139; *Kounadis Perreault, s.e.n.c. c. Bois d'Or*, 2013 QCCQ 8359; *Desjardins & Legault CA inc. c. Serour*, 2016 QCCQ 3318; *Gagnon c. Caron*, 2007 QCCQ 12736; *Bélec c. Martin*, 2015 QCCQ 13838; *Bertrand c. Veillet*, 2006 QCCQ 15374; *Bernatchez c. Bergeron*, [2000] AZ-00036682; *Arruda c. Brière*, 2014 QCCQ 6882; *Parizeau c. Lalonde*, 2014 QCCQ 11332; *Lapointe c. Vigneault*, 2009 QCCQ 2673; *Bernard c. Hernandez Sanchez*, 2014 QCCQ 5171, conf. par 2016 QCCA 136; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3; *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113; *Roy c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, 2009 QCCA 459; *Dehkissia c. Kaliaguine*, 2011 QCCA 84.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas-Canada*, art. 2236.  
*Code civil du Québec*, art. 1617, 2098, 2110, 2111, 2116, 2117 à 2124, 2184, 2185, 2880 al. 2, 2904, 2921, 2925, 2931.  
*Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1, art. 48, 71, 72.  
*Loi sur la taxe de vente du Québec*, RLRQ, c. T-0.1, art. 32.3, 82, 83, 422, 437.

### Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.



Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.

Gervais, Céline. *La prescription*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2009.

Martineau, Pierre. *La prescription*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1977.

Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. 9. Montréal: Wilson & Lafleur, 1916.

Quebec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Vézina and Bélanger JJ.A.), 2016 QCCA 138, [2016] AZ-51250248, [2016] J.Q. n° 548 (QL), 2016 CarswellQue 502 (WL Can.), setting aside in part a decision of Laporte J.C.Q., 2015 QCCQ 5004, [2015] AZ-51184376, [2015] J.Q. n° 5819 (QL), 2015 CarswellQue 6239 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Damien Pellerin*, for the appellant.

*Jean-Yves Côté*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GASCON J. —

## I. Overview

[1] The question in this appeal is one that arises regularly in the courts, both in Quebec and elsewhere in Canada. However, it is rarely raised in this Court. The appellant, a law firm, frames it in terms that seem absolute: Does the prescription period for a claim for a lawyer's professional fees begin to run on the billing date, the date of termination of the mandate or contract for services, or the date of performance of the last professional service?

[2] In my view, the question can be put much more simply and does not need to be answered in absolute terms: Under art. 2880 para. 2 of the *Civil Code of*

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

Gervais, Céline. *La prescription*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009.

Martineau, Pierre. *La prescription*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977.

Mignault, P.-B. *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Vézina et Bélanger), 2016 QCCA 138, [2016] AZ-51250248, [2016] J.Q. n° 548 (QL), 2016 CarswellQue 502 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Laporte, 2015 QCCQ 5004, [2015] AZ-51184376, [2015] J.Q. n° 5819 (QL), 2015 CarswellQue 6239 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Damien Pellerin*, pour l'appelante.

*Jean-Yves Côté*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GASCON —

## I. Aperçu

[1] La question dont traite ce pourvoi se pose régulièrement devant les tribunaux, au Québec comme ailleurs au Canada. Elle se soulève par contre rarement devant notre Cour. L'appelante, une société d'avocats, la formule en des termes en apparence absolus : en matière de réclamation d'honoraires professionnels d'avocats, le délai de prescription commence-t-il à courir à partir de la date de la facturation, de la date de la fin du mandat ou du contrat de services, ou de la date du dernier service professionnel rendu?

[2] À mon avis, la question à résoudre s'énonce beaucoup plus simplement, et n'impose aucun absolu dans la réponse à y donner : aux termes de l'art. 2880

*Québec* (“C.C.Q.” or “Code”), what is the date on which the law firm’s right to claim its professional fees arose? Framed in this way, the question requires nothing more than a factual determination based on the circumstances of the specific case before the court.

[3] In the circumstances of this appeal, the Court of Appeal answered the question correctly. Having regard to the wording of the fee agreement between the parties and the content of the invoices sent by the law firm, prescription began to run on the 31st day after each invoice was sent, not upon termination of the parties’ contractual relationship. The appeal must therefore be dismissed.

## II. Background

[4] In September 2011, the respondent, Serge Guindon (“client”), retained the services of the appellant, Pellerin Savitz LLP (“lawyer”), to [TRANSLATION] “[r]eview [his] file, draft pleadings [and] represent [him]” in litigation (A.R., at p. 77). The parties entered into a fee agreement providing, among other things, that “[e]very invoice shall be payable within thirty (30) days [and that] after that time, interest shall be computed and charged at an annual rate of 15%” (*ibid.*, at p. 79). On signing the agreement, the client gave the lawyer a \$400 advance.

[5] On October 5, 2011, the lawyer sent the client a first invoice, to which was applied the amount of the advance that had been received in partial payment. The lawyer subsequently sent four more invoices, the last of which, dated March 1, 2012, was for services provided up to February 22, 2012. Each invoice contained statements that it was [TRANSLATION] “payable on receipt” and that it bore interest at an annual rate of either 12% or 15%; the last two invoices gave the client a 30-day “grace period” (*ibid.*, at pp. 97-105). The client made a partial payment on March 5, 2012 and then informed the lawyer on March 21, 2012 that he was terminating the contract.

al. 2 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. » ou « Code »), à quelle date le droit de la société d’avocats de réclamer ses honoraires professionnels a-t-il pris naissance? Formulée de cette façon, la question ne requiert qu’une détermination factuelle qui reste tributaire des circonstances propres à chaque cas particulier, sans plus.

[3] Dans les circonstances propres au présent pourvoi, la réponse donnée par la Cour d’appel est la bonne. Compte tenu du libellé de la convention d’honoraires intervenue et de la teneur des notes d’honoraires envoyées par la société d’avocats, la prescription a commencé à courir dès le 31<sup>e</sup> jour suivant l’envoi de chaque facture, et non à la fin de la relation contractuelle entre les parties. L’appel doit donc être rejeté.

## II. Contexte

[4] En septembre 2011, l’intimé, M. Serge Guindon (« client »), retient les services de l’appelante, Pellerin Savitz s.e.n.c.r.l. (« avocat »), afin d’« [é]tudier [son] dossier, rédiger [des] procédures, [et le] représent[er] » dans le cadre d’un litige (d.a., p. 77). Les parties concluent une convention d’honoraires qui prévoit notamment que « [t]oute facturation est payable dans les trente (30) jours [et qu’] après ce délai, des intérêts seront calculés et facturés au taux de 15 % l’an » (*ibid.*, p. 79). Au même moment, le client fournit à l’avocat une avance de 400 \$.

[5] Le 5 octobre 2011, l’avocat envoie une première facture à son client, à laquelle il impute le montant de l’avance reçue en paiement partiel. L’avocat envoie par la suite quatre autres factures, dont la dernière, datée du 1<sup>er</sup> mars 2012, porte sur des services rendus jusqu’au 22 février 2012. Chaque facture indique qu’elle est « payable sur réception » et qu’elle porte intérêt au taux annuel de 12 % ou 15 %; les deux dernières donnent au client un « délai de grâce » de 30 jours (*ibid.*, p. 97-105). Ce dernier effectue un paiement partiel le 5 mars 2012, puis il informe son avocat le 21 mars 2012 qu’il met fin à son contrat.

[6] On March 12, 2015, the lawyer brought this action to claim the unpaid fees. The client replied that the action was prescribed because it had been instituted more than three years after each invoice was sent. The lawyer countered that the action was not prescribed, because the prescription period had not begun to run until the termination of the mandate on March 21, 2012.

[7] At trial, Judge Laporte of the Court of Québec concluded that the action was prescribed (2015 QCCQ 5004). In his view, prescription does not begin to run until the day the right of action arises, that is, when the claim is created by preparing and sending a bill of account (art. 2880 para. 2 *C.C.Q.*). The fact that the lawyer charged interest from the date of each invoice was also significant, as each invoice could have only one date of exigibility. Moreover, the concept of “the time that work is completed” is relevant only for contracts of enterprise (art. 2116 *C.C.Q.*) and does not apply to a contract for services like the one between the lawyer and the client. In the trial judge’s opinion, *Leblanc v. Sœurs de l’Espérance*, [1978] 2 S.C.R. 818, a decision the lawyer relied on that had been rendered under the *Civil Code of Lower Canada* (“*C.C.L.C.*”), did not indicate generally that prescription for professional fees runs from the time that work is completed. Finally, because in many cases a contract between a lawyer and his or her client is one of successive performance, prescription runs with respect to payments due even though the parties continue to perform the contract (art. 2931 *C.C.Q.*).

[8] The Court of Appeal affirmed the substance of that decision but ordered the client to pay the invoice of March 1, 2012, which in any event was a debt he acknowledged (2016 QCCA 138). The court found that the claim relating to that final invoice was not prescribed, given that prescription had not begun to run until the expiration of the 30-day period specified in the fee agreement.

### III. Analysis

[9] The main issue in this case is whether the lawyer’s action is prescribed. The parties acknowledge

[6] Le 12 mars 2015, l’avocat intente le présent recours afin de réclamer ses honoraires impayés. Son client répond que le recours est prescrit puisqu’il a été initié plus de trois ans suivant l’envoi de chacune des factures. L’avocat rétorque que le recours n’est pas prescrit, car le délai de prescription n’aurait commencé à courir qu’à la fin du mandat, le 21 mars 2012.

[7] En première instance, le juge Laporte de la Cour du Québec conclut que le recours est prescrit (2015 QCCQ 5004). À son avis, la prescription ne court qu’à partir du jour où le droit d’action est né, soit lorsque la créance est créée par la préparation et l’envoi d’un compte d’honoraires (art. 2880 al. 2 *C.c.Q.*). Le fait que l’avocat exige des intérêts à compter de la date de chacune des factures est aussi révélateur, puisque ces dernières ne peuvent avoir qu’une seule date d’exigibilité. En outre, la notion de « fin des travaux » est seulement pertinente pour les contrats d’entreprise (art. 2116 *C.c.Q.*), et elle ne s’applique pas à un contrat de services comme celui conclu entre l’avocat et son client. Pour le juge, l’arrêt *Leblanc c. Sœurs de l’Espérance*, [1978] 2 R.C.S. 818, que l’avocat invoque et qui a été rendu sous le régime du *Code civil du Bas-Canada* (« *C.c.B.-C.* »), n’a pas énoncé de façon générale que les honoraires professionnels se prescrivent à partir de la fin des travaux. Enfin, comme les contrats conclus par les avocats et leurs clients sont souvent à exécution successive, la prescription des paiements dus a lieu quoique les parties en continuent l’exécution (art. 2931 *C.c.Q.*).

[8] La Cour d’appel confirme pour l’essentiel cette décision, mais ordonne au client de payer la facture du 1<sup>er</sup> mars 2012, que celui-ci reconnaît de toute façon devoir (2016 QCCA 138). La cour conclut que la réclamation relative à cette dernière facture n’est pas prescrite, étant donné que la prescription ne court qu’une fois expiré le délai de 30 jours prévu à la convention d’honoraires.

### III. Analyse

[9] La question principale qui se pose en l’espèce consiste à déterminer si le recours de l’avocat est

that the applicable prescription period is three years (art. 2925 *C.C.Q.*). All that must be done, therefore, is to identify the beginning of that period, that is, the date when the lawyer's right of action arose (art. 2880 para. 2 *C.C.Q.*). In the alternative, it must be determined whether prescription was suspended, as the lawyer contends.

#### A. *Beginning of the Prescription Period*

[10] Extinctive prescription “is a means of extinguishing a right owing to its non-use or of pleading a peremptory exception to an action” (art. 2921 *C.C.Q.*). It is [TRANSLATION] “considered indispensable for social order” because of the two crucial roles it plays (P. Martineau, *La prescription* (1977), at para. 235). First, extinctive prescription makes it possible to avoid “litigation that would, because of the passage of time since the relevant facts, be marked by confusion and uncertainty” (*ibid.*). This is particularly important [TRANSLATION] “[i]n a modern society based on the speed and stability of economic exchanges”, in which “[t]he law must, after a certain time, acquire a certainty that permits a crystallization of the legal situation and a consolidation of the rights of the parties and those of third parties” (J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at No. 1-1294). Second, extinctive prescription is a means to sanction negligence on the part of the right holder, whose silence [TRANSLATION] “is equivalent to abandonment” (P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien* (1916), vol. 9, at p. 336).

##### (1) Arising of the Right of Action

[11] The beginning of the period of extinctive prescription is the “day on which the right of action arises” (art. 2880 para. 2 *C.C.Q.*). As this Court has stated, “the prescription of an action cannot begin to run before the right to institute it originates” (*Morin v. Canadian Home Assurance Co.*, [1970] S.C.R. 561, at p. 565). The arising of the right of action and the beginning of the prescription period are highly factual questions; how they are answered varies from case to case depending on the circumstances and calls for great deference on the part of an appellate court (C. Gervais, *La*

prescrit. Les parties concèdent qu'un délai de prescription de trois ans s'applique ici (art. 2925 *C.c.Q.*). Il faut donc simplement établir le point de départ de ce délai, soit la date à laquelle le droit d'action de l'avocat a pris naissance (art. 2880 al. 2 *C.c.Q.*). De façon subsidiaire, il faut décider si la prescription a été suspendue comme le prétend l'avocat.

#### A. *Le point de départ de la prescription*

[10] La prescription extinctive « est un moyen d'éteindre un droit par non-usage ou d'opposer une fin de non-recevoir à une action » (art. 2921 *C.c.Q.*). Elle est « considérée comme indispensable à l'ordre social » en raison des deux rôles cruciaux qu'elle est appelée à jouer (P. Martineau, *La prescription* (1977), par. 235). D'une part, elle permet d'éviter « les contestations judiciaires qui, à cause de l'ancienneté des faits qui s'y rapportent, seraient caractérisées par la confusion et l'incertitude » (*ibid.*). Cette considération est particulièrement importante « [d]ans une société moderne, basée sur la rapidité et la stabilité des échanges économiques », où « [l]e droit doit, au bout d'un certain temps, acquérir une certitude permettant de cristalliser la situation juridique et de consolider le droit des parties et des tiers » (J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8<sup>e</sup> éd. 2014), n<sup>o</sup> 1-1294). D'autre part, elle permet de sanctionner la négligence du titulaire de droit, dont le silence « équivaut à un abandon » (P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien* (1916), t. 9, p. 336).

##### (1) La naissance du droit d'action

[11] Le point de départ de la prescription extinctive se situe au « jour où le droit d'action a pris naissance » (art. 2880 al. 2 *C.c.Q.*). Comme l'a déjà affirmé notre Cour, « la prescription d'une action ne saurait commencer à courir avant que ne soit né le droit d'y recourir » (*Morin c. Canadian Home Assurance Co.*, [1970] R.C.S. 561, p. 565). La naissance du droit d'action et le point de départ du délai de prescription sont des questions hautement factuelles, dont la solution dépend des circonstances propres à chaque cas et à l'égard desquelles les cours d'appel doivent faire preuve d'une grande

*prescription* (2009), at p. 106; Mignault, at p. 522; *Beaulieu v. Paquet*, 2016 QCCA 1284, at para. 20 (CanLII); *Dupuy v. Leblanc*, 2016 QCCA 1141, at para. 22 (CanLII); on the standard of review, see also *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paras. 36-39).

[12] In contract, the creditor's right of action arises once the debtor's obligation has arisen and is exigible (*Re 9022-8818 Québec inc.*, 2005 QCCA 275, at para. 51 (CanLII); J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at No. 1127; Martineau, at para. 247). When this occurs varies with the circumstances, and especially with the terms of the contract itself. For example, an obligation with a suspensive condition does not arise until the fulfillment of the condition, and an obligation with a suspensive term is not exigible until the expiry of the term (Baudouin and Jobin, at No. 1127). Prescription does not begin to run until the condition is fulfilled in the first case, and until the term expires in the second. Indeed, this is what was expressly stated in art. 2236 *C.C.L.C.* and is restated in general terms in art. 2880 para. 2 *C.C.Q.* (ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 1808).

[13] These principles apply to agreements for professional fees, which can [TRANSLATION] “provide for billing procedures that might alter the beginning of the prescription period” (Gervais, at p. 121; see, for example, *Dallaire v. Dallaire*, 2013 QCCS 1556, at paras. 18 and 28 (CanLII)). It was to this variety of possibilities that Céline Gervais (now a Court of Québec judge) was referring when she stated that “[w]here claims for professional fees are concerned, the most widely accepted beginning is the termination of the mandate or the completion of the work or services” (p. 121 (emphasis added)). Contrary to the contention of the lawyer in the instant case, the beginning of the prescription period for the recovery of lawyers' professional fees is not uniform. Rather, it depends on the date when the

déférence (C. Gervais, *La prescription* (2009), p. 106; Mignault, p. 522; *Beaulieu c. Paquet*, 2016 QCCA 1284, par. 20 (CanLII); *Dupuy c. Leblanc*, 2016 QCCA 1141, par. 22 (CanLII); sur la norme de contrôle, voir également *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, par. 36-39).

[12] En matière contractuelle, le droit d'action du créancier prend naissance dès que l'obligation de son débiteur est née et exigible (*Re 9022-8818 Québec inc.*, 2005 QCCA 275, par. 51 (CanLII); J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n° 1127; Martineau, par. 247). Ce moment varie selon les circonstances, et plus particulièrement, selon les modalités du contrat en cause. Par exemple, une obligation assortie d'une condition suspensive ne naît qu'à l'accomplissement de cette condition, et une obligation assortie d'un terme suspensif n'est exigible qu'à l'arrivée de ce terme (Baudouin et Jobin, n° 1127). Dans le premier cas, la prescription ne commence à courir que lorsque la condition s'accomplit et dans le second cas, lorsque le terme arrive. C'est d'ailleurs ce qu'indiquait expressément l'art. 2236 *C.c.B.-C.* et que reprend dans une formulation générale l'art. 2880 al. 2 *C.c.Q.* (ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 1808).

[13] Ces principes s'appliquent aux conventions d'honoraires professionnels, lesquelles peuvent « prévoir des procédures de facturation qui pourraient faire varier le point de départ de la prescription » (Gervais, p. 121; voir, p. ex., *Dallaire c. Dallaire*, 2013 QCCS 1556, par. 18 et 28 (CanLII)). C'est à cette diversité de possibilités que fait référence l'auteure Céline Gervais (aujourd'hui juge à la Cour du Québec) lorsqu'elle affirme que « [l]e point de départ le plus généralement accepté en matière de réclamation d'honoraires professionnels est celui de la fin du mandat, des travaux ou des services » (p. 121 (je souligne)). Contrairement à ce que prétend l'avocat en l'espèce, le point de départ de la prescription n'est pas uniforme en matière de recouvrement d'honoraires professionnels d'avocats.

right of action arose, which varies from case to case depending on the circumstances.

(2) Application to This Appeal

[14] In this case, the parties' fee agreement established when the respondent's obligation to pay was to become exigible. It provided that [TRANSLATION] "[e]very invoice shall be payable within thirty (30) days" (A.R., at p. 79). As a result of that suspensive term, each payment did not become exigible, and the prescription period therefore did not begin, until the 31st day after the invoice had been sent.

[15] Moreover, the invoices sent by the lawyer were neither described as nor intended to be interim accounts. On the contrary, each invoice was marked [TRANSLATION] "payable on receipt", which clearly indicated to the client that the payment was exigible.

[16] Finally, although this is not determinative, the parties agreed that the invoices would bear interest starting on the 31st day after they were sent. Clearly, that interest was provided for to compensate for any delay in payment (art. 1617 *C.C.Q.*); such a delay can exist only if a payment is due and exigible. Again, the invoices sent to the client reiterated that interest would accrue for any delay in payment.

[17] Furthermore, the lawyer implicitly recognized that the client's debt became exigible after each invoice date. When the first invoice was prepared on October 5, 2011, the lawyer transferred the advance received from the client when the fee agreement was signed into the lawyer's general account (A.R., at p. 97). Such a transfer could be justified only if the debt it was meant to cover was exigible.

[18] In spite of this, the lawyer argues that, although the amounts claimed in each invoice were due as of the billing date, they were nonetheless not exigible until the termination of the contract. I disagree. Not only is this argument contrary to the actual terms of the agreement between the parties

Il dépend plutôt de la date à laquelle le droit d'action a pris naissance, date qui varie en fonction des circonstances propres à chaque cas.

(2) L'application au présent pourvoi

[14] En l'espèce, la convention d'honoraires intervenue entre les parties fixe le moment auquel l'obligation de paiement de l'intimé devient exigible. Elle précise que « [t]oute facturation est payable dans les trente (30) jours » (d.a., p. 79). Ce terme suspensif reporte l'exigibilité du paiement, et donc le point de départ du délai de prescription, au 31<sup>e</sup> jour suivant l'envoi de chaque facture.

[15] Par ailleurs, les factures envoyées par l'avocat ne sont ni exprimées ni conçues comme des comptes intérimaires. Au contraire, chacune porte la mention « payable sur réception », ce qui indique clairement au client qu'elle est exigible.

[16] Enfin, bien que cela ne soit pas déterminant, les parties ont convenu que ces factures porteraient intérêt dès le 31<sup>e</sup> jour suivant leur envoi. Ces intérêts sont manifestement prévus pour compenser un retard à effectuer le paiement (art. 1617 *C.c.Q.*), lequel ne peut exister que si le paiement est dû et exigible. Encore là, les factures envoyées ici au client reprennent cette mention relative aux intérêts qui courent pour tout retard à payer.

[17] L'avocat a du reste lui-même reconnu implicitement que la dette de son client devenait exigible suivant chaque date de facturation. Dès la confection de la première facture, le 5 octobre 2011, il a en effet transféré dans son compte général l'avance que son client lui avait remise au moment de la signature de la convention d'honoraires (d.a., p. 97). Or, un tel transfert ne pouvait se justifier que si la dette qu'il visait à couvrir était exigible.

[18] Malgré cela, l'avocat soutient que si les montants réclamés aux termes de chaque facture étaient dus à la date de leur facturation, ils demeuraient néanmoins non exigibles jusqu'à la fin du contrat. Je suis en désaccord. Non seulement cette prétention est-elle contraire aux termes mêmes de la convention

and of the invoices that were sent, but it also leads to an incongruous and undesirable result. Its effect would be that a lawyer who charged a client for fees periodically would be unable to claim anything from the client while the contract was being performed even though the lawyer would in the meantime be required to remit the corresponding taxes to the tax authorities (see, for example, *Act respecting the Québec sales tax*, CQLR, c. T-0.1, ss. 32.3, 82, 83, 422 and 437). Moreover, given that the lawyer would have no exigible claim until the termination of the contract, no amount would be considered unpaid before then. The lawyer in question would therefore have no serious reason for seeking a court's authorization to cease acting for his or her client, for example, even if it became clear that the client would be unable to pay (*Code of Professional Conduct of Lawyers*, CQLR, c. B-1, r. 3.1, s. 48 para. 2(3)).

[19] In short, the result of this approach is that a lawyer would have to remit to the government taxes corresponding to the amounts billed to his or her client despite being unable to obtain payment or to cease acting for the client before the termination of the contract. The effect of the appellant's categorical position is that these consequences would extend to all contracts entered into by a lawyer with a client. I cannot imagine that to be the state of the law, let alone a reflection of effective and sensible management of a professional practice.

[20] In contrast, an approach based on a factual determination — a determination that varies from case to case depending on the circumstances — of the time when the right of action arose as provided for in art. 2880 para. 2 *C.C.Q.* gives the parties the necessary flexibility to agree when payments will be exigible. For example, they could decide that nothing will be exigible before the termination of the contract, regardless of any interim accounts that might be sent, in which case prescription would not begin to run until the time of termination. Where, however, a lawyer sends his or her client invoices for which payment is exigible in accordance with an agreement they have entered into, the lawyer cannot rely on the “termination of the mandate” as a basis for delaying the beginning of the prescription period.

conclue par les parties et des factures expédiées, mais elle mènerait en outre à un résultat incongru et peu souhaitable. D'après cette thèse, un avocat qui exigerait périodiquement le paiement de ses honoraires ne pourrait rien réclamer à son client pendant l'exécution du contrat, alors qu'il devrait pourtant verser dans l'intervalle aux autorités fiscales les taxes correspondantes (voir, p. ex., *Loi sur la taxe de vente du Québec*, RLRQ, c. T-0.1, art. 32.3, 82, 83, 422 et 437). De plus, puisque cet avocat n'aurait aucune créance exigible avant la fin du contrat, aucune somme ne serait alors considérée comme impayée avant cette échéance. L'avocat en question n'aurait donc aucun motif sérieux à faire valoir pour demander par exemple au tribunal l'autorisation de cesser d'agir, même s'il devenait clair que son client n'est pas en mesure de le payer (*Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1, art. 48 al. 2(3)).

[19] En somme, selon une telle approche, un avocat devrait remettre au gouvernement les taxes correspondant aux sommes facturées à son client sans pouvoir se faire payer ni cesser d'agir avant la fin du contrat. Suivant la position catégorique adoptée par l'appelante, ces conséquences s'étendraient à tous les contrats conclus par un avocat et son client. Je ne puis concevoir que ce soit là l'état du droit, et encore moins le reflet d'une gestion efficace et sensée d'une pratique professionnelle.

[20] À l'inverse, le fait de s'en tenir à une détermination factuelle du moment où le droit d'action a pris naissance, selon les circonstances propres à chaque cas et comme le prescrit l'art. 2880 al. 2 *C.c.Q.*, donne aux parties la souplesse nécessaire pour convenir du moment de l'exigibilité du paiement. Par exemple, elles peuvent décider que rien ne sera exigible avant la fin du contrat, malgré l'envoi potentiel de comptes intérimaires, auquel cas la prescription ne courra qu'à partir de ce moment. Par contre, lorsqu'un avocat envoie à son client des factures dont le paiement est exigible, conformément à une convention intervenue entre eux, il ne peut se servir de la notion de « fin du mandat » pour retarder le point de départ du délai de prescription.

(3) “Time That Work Is Completed” or “Termination of the Mandate”

[21] In this regard, the appellant’s argument that prescription for claims for lawyers’ professional fees always runs from the time that “work is completed” or from the “termination of the mandate” does not withstand scrutiny. This argument confuses the types of nominate contracts provided for in the *C.C.Q.* and the rules associated with them, while giving the case law on the matter an import that it quite simply does not have.

[22] It is only in the context of contracts of enterprise that the *C.C.Q.* refers to the time when “work [“travaux” in the French version] is completed”. Contracts of enterprise are contracts whose purpose is the carrying out of physical or intellectual work (“*ouvrage*” in the French version) (art. 2098 *C.C.Q.*). The word “work” (“*ouvrage*”) is not defined in the *Code*, but the wording of art. 2110 *C.C.Q.* suggests that it refers to a finished product that is completed at a specific time at which the client takes delivery of it. In particular, the *Code* sets out special rules for immovable works (arts. 2117 to 2124 *C.C.Q.*).

[23] In the context of a contract of enterprise, the *Code* expressly states that the client’s obligation to pay is deferred until work (“travaux”) is completed, which is “when the work [“*ouvrage*”] has been produced and is ready to be used for its intended purpose” (arts. 2110 and 2111 *C.C.Q.*). Because the exigibility of the payment is deferred, the *Code* also specifies that “[t]he prescription of rights to pursue remedies between the parties begins to run only from the time that work is completed” (art. 2116 *C.C.Q.*).

[24] This same line of reasoning was followed in *Leblanc* and in *Percé (Ville) v. Roy*, 1995 CanLII 4974 (Que. C.A.), although those decisions were rendered in the context of the *C.C.L.C.*, which contained no equivalent provision. In both *Leblanc* and *Percé*, engineers had collaborated to carry out works — a hospital and a water treatment plant, respectively (*Leblanc*, at pp. 822-23; *Percé*, at p. 3). Because of the nature of their work and the provincial

(3) La notion de « fin des travaux » ou de « fin du mandat »

[21] À ce chapitre, l’argument de l’appelante voulant que les réclamations d’honoraires professionnels d’avocats se prescrivent toujours à partir de la « fin des travaux » ou de la « fin du mandat » ne résiste pas à l’analyse. Cet argument confond les types de contrats nommés prévus au *C.c.Q.* et les régimes qui y sont associés, tout en donnant à la jurisprudence sur le sujet une portée qu’elle n’a tout simplement pas.

[22] Le *C.c.Q.* ne se réfère à la notion de « fin des travaux » que dans le contexte des contrats d’entreprise, lesquels visent la réalisation d’un ouvrage matériel ou intellectuel (art. 2098 *C.c.Q.*). La notion d’ouvrage n’est pas définie par le *Code*, mais l’art. 2110 *C.c.Q.* tend à indiquer qu’elle désigne un produit fini, qui est complété à un moment précis auquel le client en prend livraison. Le *Code* prévoit notamment un régime particulier pour les ouvrages à caractère immobilier (art. 2117 à 2124 *C.c.Q.*).

[23] Dans le cadre d’un contrat d’entreprise, le *Code* prévoit expressément que l’obligation de paiement du client est reportée à la fin des travaux, soit « lorsque l’ouvrage est exécuté et en état de servir conformément à l’usage auquel on le destine » (art. 2110 et 2111 *C.c.Q.*). Puisque l’exigibilité du paiement est reportée, le *Code* précise aussi que « [l]a prescription des recours entre les parties ne commence à courir qu’à compter de la fin des travaux » (art. 2116 *C.c.Q.*).

[24] Bien qu’ils aient été rendus sous le régime du *C.c.B.-C.*, qui ne contenait aucune disposition équivalente, les arrêts *Leblanc* et *Percé (Ville) c. Roy*, 1995 CanLII 4974 (C.A. Qc), ont appliqué ce même raisonnement. Les ingénieurs en cause dans ces affaires collaboraient à la réalisation d’ouvrages, en l’occurrence un hôpital et une usine de traitement des eaux (*Leblanc*, p. 822-823; *Percé*, p. 3). En raison de la nature de leur travail et du



tariff governing them, their fees were not exigible until the work had been completed, and the prescription period did not begin to run until that date (*Leblanc*, at pp. 826-27; *Percé*, at p. 4). *Leblanc* and *Percé* did not establish a general principle that prescription for every claim for professional fees runs from the termination of the contract. On the contrary, they confirmed that the time that “work is completed” is relevant only in the case of contracts of enterprise, as the *C.C.Q.* now provides.

[25] Therefore, the time that “work is completed” or the “termination of the mandate”, on which the appellant relies in the case at bar, is inapplicable to contracts between a lawyer and his or her client, which are not for the carrying out of a work. The nature of a lawyer’s work is the provision of services for a certain period of time, not the delivery to a client of a “finished product” that the client can use. Sometimes, the lawyer’s role is also to represent the client in court. A contract between a lawyer and a client can thus be characterized as a contract for services, a mandate or a mixed contract, depending on the nature of the services being provided (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 2-124; *M.D. v. Plante*, 2009 QCCS 6113, at para. 34 (CanLII); *Bailey v. Fasken Martineau DuMoulin, s.r.l.*, [2005] R.R.A. 842 (Sup. Ct.), at p. 847; *Bérocac inc. v. Masson*, [1999] R.J.Q. 195 (Sup. Ct.), at p. 198). But it is not a contract of enterprise.

[26] Unlike a contract of enterprise, neither a contract for services nor a mandate is subject to rules to the effect that prescription begins to run only upon termination of the contract. In the case of mandate, the *Code* states that the parties must hand over what they owe each other upon termination of the mandate, but this does not mean that payments cannot be exigible during the term of the contractual relationship (arts. 2184 and 2185 *C.C.Q.*). Moreover, it often happens that a contract for services between a lawyer and his or her client is a contract of successive performance, and the *Code* in fact provides in respect of such contracts that “prescription runs with respect to payments due, even though the parties continue to perform one or another of their obligations under the contract” (art. 2931 *C.C.Q.*).

tarif provincial qui les régissait, leurs honoraires n’étaient exigibles qu’à la fin des travaux, et le délai de prescription ne commençait à courir qu’à cette date (*Leblanc*, p. 826-827; *Percé*, p. 4). Ces arrêts n’ont pas établi de principe général selon lequel toute réclamation d’honoraires professionnels se prescrirait à partir de la fin du contrat. Au contraire, ces arrêts confirment que la notion de « fin des travaux » s’applique uniquement aux contrats d’entreprise, comme le prévoit désormais le *C.c.Q.*

[25] Aussi, cette notion de « fin des travaux » ou de « fin du mandat » qu’invoque ici l’appelante est inapplicable aux contrats intervenant entre un avocat et son client, lesquels ne visent pas la réalisation d’un ouvrage. La nature du travail d’un avocat consiste à offrir ses services pendant une certaine période, et non à livrer à un client un « produit fini » que ce dernier pourra utiliser. Parfois, son rôle est également de représenter ce client devant les tribunaux. Le contrat conclu par un avocat et son client peut donc être qualifié de contrat de services, de mandat, ou de contrat mixte, selon la nature des services rendus (Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 2-124; *M.D. c. Plante*, 2009 QCCS 6113, par. 34 (CanLII); *Bailey c. Fasken Martineau DuMoulin, s.r.l.*, [2005] R.R.A. 842 (C.S.), p. 847; *Bérocac inc. c. Masson*, [1999] R.J.Q. 195 (C.S.), p. 198). Ce n’est par contre pas un contrat d’entreprise.

[26] Or, contrairement au contrat d’entreprise, ni le contrat de services ni le mandat ne sont assortis de règles précisant que la prescription commence à courir uniquement à la fin du contrat. Dans le cadre d’un mandat, le *Code* précise d’ailleurs que les parties doivent se remettre ce qu’elles se doivent lorsque le mandat prend fin, mais cela n’empêche pas que des paiements puissent être exigibles au cours de la relation contractuelle (art. 2184 et 2185 *C.c.Q.*). Par ailleurs, le contrat de services entre un avocat et son client est souvent un contrat à exécution successive, à l’égard duquel le *Code* prévoit justement que « la prescription des paiements dus a lieu quoique les parties continuent d’exécuter l’une ou l’autre des obligations du contrat » (art. 2931 *C.c.Q.*). Par conséquent, que le contrat entre un avocat et son

Thus, regardless of whether a contract between a lawyer and a client is a mandate, a contract for services or a mixed contract, a court must, to identify the beginning of the prescription period, refer to the general rule set out in art. 2880 para. 2 *C.c.Q.* and determine when the right of action arose on the basis of the circumstances of the case before it.

[27] Furthermore, the numerous decisions on which the appellant relies reflect this principle. The conclusions reached by the courts in those decisions can be justified having regard to the facts of the cases before them. Contrary to the appellant's submissions, therefore, the decisions in question must not be interpreted as having the effect of establishing a general principle that, in every case, the prescription period for a claim for a lawyer's professional fees begins upon termination of the contract.

[28] In fact, most of the decisions in which it was held that the prescription period began upon termination of the contract were rendered in cases in which, unlike this one, the invoices had been sent after the contract of the lawyer or professional had terminated. Because there was no agreement establishing when the obligations were to be exigible, it was open to each of the courts in question to find, on the basis of the circumstances of the case before it, that the lawyer or professional in question could sue the client as of the date when the last service was provided (see, for example, *Géoret inc. v. Garderie Morin inc.*, [2000] AZ-50187544 (C.Q.); *Bureau v. Chapleau*, 2008 QCCQ 4709, at paras. 38-41 (CanLII); *Fraser, Milner, Casgrain v. Viau*, [2001] AZ-50187880 (C.Q.), at para. 12; *Lapointe Rosenstein v. 172302 Canada inc.*, 2002 CanLII 15986 (C.Q.), at paras. 2-4 and 16; *Gagnon v. Voyer*, 2008 QCCQ 10256, at paras. 13, 20 and 30 (CanLII); *Gestion Immo-Concept inc. (Financière HFC) v. Martial Excavation inc.*, 2013 QCCS 1139, at para. 34 (CanLII); *Kounadis Perreault, s.e.n.c. v. Bois D'Or*, 2013 QCCQ 8359, at para. 16 (CanLII); *Desjardins & Legault CA inc. v. Serour*, 2016 QCCQ 3318, at paras. 23-24 (CanLII); *Gagnon v. Caron*, 2007 QCCQ 12736, at para. 48 (CanLII); *Bélec v. Martin*, 2015 QCCQ 13838, at para. 13 (CanLII); *Bertrand v. Veillet*, 2006 QCCQ 15374, at paras. 39-42 (CanLII)).

client soit un mandat, un contrat de services ou encore un contrat mixte, il faut s'en remettre à la règle générale énoncée à l'art. 2880 al. 2 *C.c.Q.* et déterminer, selon les circonstances propres à chaque cas, le moment où le droit d'action a pris naissance afin d'identifier le point de départ de la prescription.

[27] Les nombreuses décisions sur lesquelles s'appuie l'avocat reflètent du reste ce principe. Les conclusions auxquelles les tribunaux parviennent peuvent en effet se justifier eu égard aux faits en cause. Partant, contrairement aux prétentions de l'avocat, ces décisions ne doivent pas être interprétées comme ayant pour effet d'établir un principe général qui fixerait dans tous les cas à la fin du contrat le point de départ de la prescription en matière de réclamation d'honoraires professionnels d'avocats.

[28] Ainsi, les décisions qui ont retenu la fin du contrat comme point de départ de la prescription ont pour la plupart été rendues dans des affaires où, à la différence du cas qui nous occupe, les factures avaient été envoyées après que le contrat de l'avocat ou du professionnel en question eut pris fin. Comme aucune convention n'établissait le moment de l'exigibilité des obligations, il était donc possible pour les tribunaux de conclure, sur la base des circonstances propres à chaque cas, que l'avocat ou le professionnel concerné pouvait alors poursuivre son client à partir de la date du dernier service rendu (voir, p. ex., *Géoret inc. c. Garderie Morin inc.*, [2000] AZ-50187544 (C.Q.); *Bureau c. Chapleau*, 2008 QCCQ 4709, par. 38-41 (CanLII); *Fraser, Milner, Casgrain c. Viau*, [2001] AZ-50187880 (C.Q.), par. 12; *Lapointe Rosenstein c. 172302 Canada inc.*, 2002 CanLII 15986 (C.Q.), par. 2-4 et 16; *Gagnon c. Voyer*, 2008 QCCQ 10256, par. 13, 20 et 30 (CanLII); *Gestion Immo-Concept inc. (Financière HFC) c. Martial Excavation inc.*, 2013 QCCS 1139, par. 34 (CanLII); *Kounadis Perreault, s.e.n.c. c. Bois D'Or*, 2013 QCCQ 8359, par. 16 (CanLII); *Desjardins & Legault CA inc. c. Serour*, 2016 QCCQ 3318, par. 23-24 (CanLII); *Gagnon c. Caron*, 2007 QCCQ 12736, par. 48 (CanLII); *Bélec c. Martin*, 2015 QCCQ 13838, par. 13 (CanLII); *Bertrand c. Veillet*, 2006 QCCQ 15374, par. 39-42 (CanLII)).

[29] In cases like the instant case in which the lawyer's contract terminated after the last invoice had been sent, some courts have held that the prescription period began on the date of termination of the contract (see, for example, *Bernatchez v. Bergeron*, [2000] AZ-00036682 (C.Q.), at para. 19; *Arruda v. Brière*, 2014 QCCQ 6882, at paras. 10-12 (CanLII); *Parizeau v. Lalonde*, 2014 QCCQ 11332, at paras. 18-20 (CanLII)). Others have instead held that it began on the invoice date, following the same line of reasoning as the trial judge in the instant case (*Lapointe v. Vigneault*, 2009 QCCQ 2673, at paras. 21-22 and 26 (CanLII); *Bernard v. Hernandez Sanchez*, 2014 QCCQ 5171, at paras. 12-13 (CanLII), aff'd 2016 QCCA 136, leave to appeal sought from this Court, file No. 37015). In each of those cases, however, the court's conclusions could be justified having regard to the facts before it. Moreover, again unlike in the instant case, there was no reference in any of those decisions to the terms of a fee agreement that could have altered the beginning of the prescription period.

[30] In my opinion, it is necessary to consider each of the decisions in question in its specific context, and not to attribute to them a general import that they do not have. It is true that in some of them, the contracts at issue were erroneously characterized as mandates and the courts erroneously relied on a purported general rule to the effect that the prescription period for lawyers' professional fees begins to run upon termination of the contract regardless of the circumstances of the specific case. From this standpoint, the approach taken in them is incompatible with the essentially factual nature of the determination of the beginning of the prescription period. The conclusions reached by the courts in the decisions in question could nonetheless be justified having regard to the facts of the cases before them.

[31] In short, nothing in the *Code* or in the case law establishes an inflexible rule that prescription for claims for lawyers' professional fees begins to run only upon termination of the mandate or the contract for services. Rather, the determination of the beginning of the prescription period is a factual question the answer to which varies from case to

[29] Par ailleurs, dans les situations où, comme ici, le contrat de l'avocat s'est terminé après l'envoi de sa dernière facture, certains tribunaux ont établi le point de départ de la prescription à la date de la fin du contrat (voir, p. ex., *Bernatchez c. Bergeron*, [2000] AZ-00036682 (C.Q.), par. 19; *Arruda c. Brière*, 2014 QCCQ 6882, par. 10-12 (CanLII); *Parizeau c. Lalonde*, 2014 QCCQ 11332, par. 18-20 (CanLII)). D'autres ont plutôt retenu la date de la facturation, appliquant un raisonnement identique à celui du premier juge en l'espèce (*Lapointe c. Vigneault*, 2009 QCCQ 2673, par. 21-22 et 26 (CanLII); *Bernard c. Hernandez Sanchez*, 2014 QCCQ 5171, par. 12-13 (CanLII), conf. par 2016 QCCA 136, autorisation d'appel demandée à notre Cour, dossier n° 37015). Dans chaque cas, les conclusions retenues pouvaient par contre se justifier eu égard aux situations factuelles en cause. En outre, aucune de ces décisions ne mentionnait les modalités d'une convention d'honoraires qui auraient pu faire varier le point de départ de la prescription, contrairement une fois de plus au cas qui nous occupe.

[30] À mon avis, il faut considérer chacune de ces décisions dans son contexte particulier, et éviter de leur donner une portée générale qu'elles n'ont pas. Certes, certaines d'entre elles qualifient à tort le contrat en cause de mandat et prétendent erronément se fonder sur une règle générale qui fixerait le point de départ de la prescription en matière d'honoraires professionnels d'avocats à la fin du contrat, sans égard aux circonstances de chaque cas. De ce point de vue, leur approche est incompatible avec la nature essentiellement factuelle de la détermination du point de départ de la prescription. Malgré cela, les conclusions auxquelles les tribunaux sont parvenus dans ces décisions pouvaient néanmoins se justifier en fonction des faits propres à chaque affaire.

[31] En somme, rien dans le *Code* ou la jurisprudence n'établit de règle inflexible selon laquelle les réclamations d'honoraires professionnels d'avocats se prescrivent uniquement à partir de la fin du mandat ou du contrat de services. La détermination du point de départ de la prescription demeure plutôt une question factuelle, dont la réponse varie selon

case depending on the circumstances and that turns on, among other things, the agreement between the parties and the terms of the invoices sent by the lawyer to his or her client.

B. *Impossibility in Fact to Act*

[32] In the alternative, the appellant argues that prescription was at any rate suspended until the termination of the contract. In the appellant's view, this suspension resulted from the fact that, because of the ethical obligations of lawyers, it is impossible for a lawyer to act against a client as long as he or she is representing the client. Although this argument was raised in the courts below, it was not addressed in the reasons of either the Court of Québec or the Court of Appeal. In my opinion, it is without merit.

[33] The *Code* does indeed provide that “[p]rescription does not run against persons if it is impossible in fact for them to act by themselves or to be represented by others” (art. 2904 *C.C.Q.*). But as this Court has stated, this is an “exceptio[n] to the rule [that] prescription runs against all persons”, an exception that should not be “unduly extended” (*Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3, at paras. 47-48, quoting *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113, at p. 126). A person arguing that it was impossible in fact for him or her to act must show [TRANSLATION] “that the alleged obstacle was real” (*Commentaires du ministre*, at p. 1822).

[34] It is true that lawyers have many ethical obligations toward their clients, including an obligation to avoid any situation of conflict of interest (*Code of Professional Conduct of Lawyers*, ss. 71 and 72). Where a client has not yet paid an account that is due and exigible, the lawyer is placed in a difficult situation and is generally barred from suing the client to claim the unpaid fees while still acting for him or her.

[35] However, this situation does not result in an impossibility in fact to act that suspends prescription. Rather, it forces the lawyer to make a choice: either let prescription run while continuing to act

les circonstances propres à chaque affaire et qui reste notamment tributaire de la convention intervenue entre les parties et des modalités des factures envoyées par l'avocat concerné à son client.

B. *L'impossibilité en fait d'agir*

[32] De façon subsidiaire, l'appelante soutient que la prescription aurait de toute façon été suspendue jusqu'à la fin de son contrat. Selon elle, cette suspension résulterait du fait que tout avocat est dans l'impossibilité d'agir contre son client tant qu'il le représente, et ce, en raison de ses obligations déontologiques. Quoique cet argument ait été soulevé devant les juridictions inférieures, ni la Cour du Québec, ni la Cour d'appel n'en ont traité dans leurs motifs. J'estime cet argument sans fondement.

[33] Le *Code* prévoit effectivement que « [l]a prescription ne court pas contre les personnes qui sont dans l'impossibilité en fait d'agir soit par elles-mêmes, soit en se faisant représenter par d'autres » (art. 2904 *C.c.Q.*). Comme notre Cour l'a déjà affirmé, il s'agit là d'une « exceptio[n] au principe [voulant que] la prescription court contre toutes personnes », laquelle exception ne doit pas être « élargi[e] outre mesure » (*Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, par. 47-48, citant *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113, p. 126). La personne qui invoque une impossibilité en fait d'agir doit démontrer « la réalité de l'obstacle invoqué » (*Commentaires du ministre*, p. 1822).

[34] Il est vrai qu'un avocat a de nombreuses obligations déontologiques envers son client, dont celle de ne pas se placer en situation de conflit d'intérêts (*Code de déontologie des avocats*, art. 71 et 72). Lorsqu'un client n'a pas encore payé un compte dû et exigible, cela place son avocat dans une situation difficile et l'empêche généralement de poursuivre le client pour réclamer les honoraires impayés pendant qu'il agit encore pour lui.

[35] Toutefois, cette situation n'entraîne pas une impossibilité en fait d'agir qui suspend la prescription. Elle impose plutôt un choix à l'avocat : soit laisser courir la prescription en continuant de représenter

for the client despite the client's failure to pay, or go to court to claim the fees he or she is owed while ceasing to act for the client, as the *Code of Professional Conduct of Lawyers* allows (s. 48). As difficult as this choice may sometimes be, it is nonetheless available to the lawyer, as evidenced by the frequency with which motions are made in the practice chambers of Quebec courts by lawyers who wish to cease acting for clients because their fees have not been paid. An impossibility in fact to act cannot result from a rational choice that a creditor has and that he or she makes freely with full knowledge of the consequences (*Roy v. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, 2009 QCCA 459, at para. 3 (CanLII); see also *Dehkissia v. Kaliaguine*, 2011 QCCA 84, at para. 36 (CanLII)).

#### IV. Conclusion

[36] In summary, the facts of the case show that the appellant would like to be paid by its client, the respondent, while its contract is being performed without having prescription begin to run against it. This position is contrary to art. 2880 para. 2 *C.C.Q.* and disregards the fee agreement between the parties and the terms of the invoices sent to the respondent, according to which his obligation became exigible on the 31st day after each invoice was sent. As the Court of Appeal held, it was on that day that the appellant's right of action arose and that prescription began to run. The appellant's action is therefore prescribed except in respect of the invoice of March 1, 2012. I would accordingly dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Pellerin Avocats, Longueuil.*

*Solicitor for the respondent: Côté Avocat inc., Montréal.*

son client malgré le défaut de paiement, soit réclamer ses honoraires devant les tribunaux en cessant d'agir pour ce dernier comme le lui permet le *Code de déontologie des avocats* (art. 48). Tout aussi difficile que ce choix puisse parfois être, il s'offre néanmoins à l'avocat, comme en témoignent les requêtes présentées régulièrement devant les chambres de pratique des tribunaux du Québec par des avocats qui désirent cesser d'occuper pour un client en raison du non-paiement de leurs honoraires. Une impossibilité en fait d'agir ne saurait découler d'un choix rationnel dont dispose un créancier et que ce dernier exerce librement et en toute connaissance de cause (*Roy c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, 2009 QCCA 459, par. 3 (CanLII); voir aussi *Dehkissia c. Kaliaguine*, 2011 QCCA 84, par. 36 (CanLII)).

#### IV. Conclusion

[36] En somme, selon ce que révèlent les faits du dossier, l'appelante voudrait être payée par son client, l'intimé en l'occurrence, pendant l'exécution de son contrat, sans pour autant que la prescription ne commence à courir à son endroit. Cette position est contraire à l'art. 2880 al. 2 *C.c.Q.* et fait abstraction de la convention d'honoraires conclue par les parties et des modalités des factures envoyées à l'intimé, qui fixent l'exigibilité de son obligation au 31<sup>e</sup> jour suivant l'envoi de chaque facture. Comme a statué la Cour d'appel, c'est à cette date que le droit d'action de l'appelante a pris naissance et que la prescription a commencé à courir. Son recours est donc prescrit, sauf pour la facture du 1<sup>er</sup> mars 2012. Je rejeterais par conséquent l'appel avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Pellerin Avocats, Longueuil.*

*Procureur de l'intimé : Côté Avocat inc., Montréal.*

**Brent Bish on behalf of Ian Stewart** *Appellant*

v.

**Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations and Alberta Human Rights Commission (Tribunal)** *Respondents*

and

**Council of Canadians with Disabilities, Empowerment Council, Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association, Enform Canada, Electrical Contractors Association of Alberta, Mining Association of Canada, Mining Association of British Columbia, Ontario Mining Association, Northwest Territories and Nunavut Chamber of Mines, Saskatchewan Mining Association, United Nurses of Alberta, Ontario General Contractors Association, Ontario Formwork Association and Greater Toronto Sewer and Watermain Contractors Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: STEWART v. ELK VALLEY COAL CORP.  
2017 SCC 30**

File No.: 36636.

2016: December 9; 2017: June 15.

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

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

*Human rights — Discriminatory practices — Discrimination based on mental or physical disability — Drug dependency — Employer's policy aimed at ensuring safety required employees to disclose dependence or addiction issues before drug-related incident — Employee involved in accident — Employee tested positive*

**Brent Bish au nom d'Ian Stewart** *Appelant*

c.

**Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations et Alberta Human Rights Commission (Tribunal)** *Intimées*

et

**Conseil des Canadiens avec déficiences, Empowerment Council, Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association, Enform Canada, Electrical Contractors Association of Alberta, L'Association minière du Canada, Mining Association of British Columbia, Ontario Mining Association, Northwest Territories and Nunavut Chamber of Mines, Saskatchewan Mining Association, United Nurses of Alberta, Ontario General Contractors Association, Ontario Formwork Association et Greater Toronto Sewer and Watermain Contractors Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : STEWART c. ELK VALLEY COAL CORP.  
2017 CSC 30**

N° du greffe : 36636.

2016 : 9 décembre; 2017 : 15 juin.

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

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

*Droits de la personne — Pratiques discriminatoires — Discrimination fondée sur une déficience mentale ou physique — Dépendance aux drogues — Politique de l'employeur visant à assurer la sécurité qui oblige les employés à révéler tout problème de dépendance ou d'accoutumance avant qu'un incident lié à la drogue ne*

*for drug use — Employer terminated employee's employment pursuant to policy — Whether employee was terminated for addiction or for breaching policy — If termination constituted prima facie discrimination, whether employer met its obligation to accommodate employee to point of undue hardship — Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 2000, c. H-14, s. 7(1).*

S worked in a mine operated by the Elk Valley Coal Corporation, driving a loader. The mine operations were dangerous, and maintaining a safe worksite was a matter of great importance to the employer and employees. To ensure safety, the employer implemented a policy requiring that employees disclose any dependence or addiction issues before any drug-related incident occurred. If they did, they would be offered treatment. However, if they failed to disclose and were involved in an incident and tested positive for drugs, they would be terminated.

S used cocaine on his days off. He did not tell his employer that he was using drugs. When his loader was involved in an accident, he tested positive for drugs and later said that he thought he was addicted to cocaine. His employer terminated his employment. S, through his union representative, argues that he was terminated for addiction and that this constitutes discrimination under s. 7(1) of the Alberta *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*.

The Alberta Human Rights Tribunal held that S was terminated for breaching the policy, not because of his addiction. Its decision was affirmed by the Alberta Court of Queen's Bench and by the Alberta Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Côté, Brown and Rowe JJ.: This case involves the application of settled principles on workplace disability discrimination to a particular fact situation. The nature of the particular disability at issue does not change the legal principles to be applied. These issues were within the purview of the Tribunal, and attract deference. The only question is whether the Tribunal's decision is reasonable. If the decision is within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the evidence and the law, it is reasonable.

*surviennne — Employé impliqué dans un accident — Obtention par l'employé d'un résultat positif à un test de dépistage de drogues — Employeur congédiant l'employé en vertu de la politique — L'employé a-t-il été congédié en raison de sa dépendance ou parce qu'il a violé la politique? — Si le congédiement constitue de la discrimination prima facie, l'employeur s'est-il acquitté de son obligation de composer avec l'employé tant qu'il n'en résulte pas pour lui une contrainte excessive? — Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 2000, c. H-14, art. 7(1).*

S travaillait dans une mine exploitée par l'Elk Valley Coal Corporation où il conduisait un camion de transport. Les activités de la mine étaient dangereuses, et le maintien d'un chantier sécuritaire revêtait une grande importance aux yeux de l'employeur et des employés. Pour assurer la sécurité, l'employeur a mis en place une politique qui obligeait les employés à révéler tout problème de dépendance ou d'accoutumance avant qu'un incident lié à la drogue ne survienne. S'ils le faisaient, on leur offrait un traitement. Si, en revanche, ils ne le faisaient pas, étaient mêlés à un incident et obtenaient un résultat positif à un test de dépistage de drogues, ils étaient congédiés.

S prenait de la cocaïne pendant ses jours de congé. Il n'a pas dit à son employeur qu'il consommait de la drogue. Quand il a eu un accident avec son camion, il a obtenu un résultat positif à un test de dépistage de drogues, puis a dit croire qu'il souffrait d'une dépendance à la cocaïne. Son employeur l'a congédié. S, par l'entremise de son représentant syndical, soutient qu'il a été congédié en raison de sa dépendance et que cela constitue de la discrimination au sens du par. 7(1) de la *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act* de l'Alberta.

L'Alberta Human Rights Tribunal a conclu que S avait été congédié non pas en raison de sa dépendance, mais pour avoir violé la politique. La décision du Tribunal a été confirmée par la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel de l'Alberta.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Côté, Brown et Rowe : La présente affaire concerne l'application de principes établis en matière de discrimination fondée sur une déficience en milieu de travail à une situation factuelle particulière. La nature de la déficience en cause ne modifie pas les principes juridiques à appliquer. Ces questions relevaient du Tribunal et elles commandent la déférence. Il s'agit seulement de savoir si la décision du Tribunal était raisonnable. Si la décision appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard de la preuve et du droit, elle est raisonnable.

It is clear that there was evidence capable of supporting the Tribunal's conclusion that the reason for the termination was not addiction, but breach of the policy. On the facts of this case, the Tribunal concluded that S had the capacity to comply with the terms of the policy and that he would have been fired whether he was an addict or a casual user. It was therefore not unreasonable for the Tribunal to conclude that there was no *prima facie* discrimination. Although it is open to a tribunal to find that an addiction was a factor in an adverse distinction where the evidence supports such a finding, this was clearly not the finding of the Tribunal. It unequivocally and repeatedly stated that addiction was not a factor in the decision to terminate. It also rejected the argument that denial prevented S from disclosing his addiction prior to the accident. While S may have been in denial about his addiction, he knew he should not take drugs before working and had the ability to decide not to take them, as well as the capacity to disclose his drug use to his employer. Denial about his addiction was thus irrelevant in this case. Finally, a finding of stereotypical or arbitrary decision making is not a stand-alone requirement for proving *prima facie* discrimination, and there is no need to alter the settled view that the protected ground or characteristic need only be a factor in the decision.

Since the Tribunal's decision that *prima facie* discrimination was not established was reasonable, it is unnecessary to consider whether S was reasonably accommodated.

*Per* Moldaver and Wagner JJ.: The Tribunal's conclusion that S's drug dependency was not a factor in his termination was unreasonable. To prove *prima facie* discrimination, S is not required to show that his termination was caused solely or even primarily by his drug dependency. Rather, he must only show that there is a connection between the protected ground — his drug dependency — and the adverse effect. His exercise of some control over his drug use merely reduced the extent to which his dependency contributed to his termination — it did not eliminate it as a factor in his termination.

However, the Tribunal reasonably held that the employer had met its obligation to accommodate S to the point of undue hardship. Given the employer's safety

Il existait manifestement des éléments de preuve susceptibles d'appuyer la conclusion du Tribunal selon laquelle le motif du congédiement n'était pas la dépendance, mais la violation de la politique. Le Tribunal a conclu, au vu des faits de l'espèce, que S avait la capacité de respecter la politique et qu'il aurait été congédié, qu'il ait été un toxicomane ou un consommateur occasionnel. Il n'était donc pas déraisonnable pour le Tribunal de conclure à l'absence de discrimination *prima facie*. Bien qu'il soit loisible à un tribunal de conclure qu'une dépendance a constitué un facteur de la distinction préjudiciable, lorsque la preuve appuie pareille conclusion, il ne s'agit manifestement pas de la conclusion du Tribunal. Il a affirmé sans équivoque et à maintes reprises que la dépendance n'avait pas constitué un facteur de la décision de congédier S. Il a aussi rejeté l'argument selon lequel le déni avait empêché S de révéler sa dépendance avant l'accident. S niait peut-être sa dépendance, mais il savait qu'il ne devait pas prendre de drogue avant de travailler et pouvait décider de ne pas en prendre, en plus d'avoir la faculté de révéler sa consommation de drogue à son employeur. Le déni de sa dépendance n'était donc pas pertinent en l'espèce. Enfin, la conclusion voulant qu'il existe un processus décisionnel stéréotypé ou arbitraire n'est pas une exigence distincte à laquelle il faut satisfaire pour établir la discrimination *prima facie*, et point n'est besoin de réviser la position établie selon laquelle le motif ou la caractéristique protégé n'a qu'à constituer un facteur de la décision.

Comme la décision du Tribunal voulant que la discrimination *prima facie* n'ait pas été démontrée était raisonnable, il n'est pas nécessaire de se demander si S a bénéficié d'un accommodement raisonnable.

*Les juges* Moldaver et Wagner : La conclusion du Tribunal selon laquelle la dépendance de S aux drogues n'a pas constitué un facteur de son congédiement était déraisonnable. Pour établir qu'il y a discrimination *prima facie*, S n'est pas tenu de démontrer que son licenciement est uniquement attribuable ni même principalement attribuable à sa dépendance aux drogues. En fait, il doit uniquement prouver l'existence d'un lien entre le motif protégé — sa dépendance aux drogues — et l'effet préjudiciable. L'exercice, par S, d'un certain contrôle sur sa consommation de drogue n'a fait que diminuer la mesure dans laquelle sa dépendance a contribué à son licenciement; cela ne l'a pas exclue en tant que facteur de son licenciement.

Cependant, le Tribunal a raisonnablement jugé que l'employeur s'était acquitté de son obligation de composer avec S tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui une



objectives and responsibilities at the coal mine, it was crucial to deter employees from using drugs in a manner that could negatively affect their work performance and potentially lead to devastating consequences. Subjecting S to an individual assessment or imposing an unpaid suspension for a limited period as a disciplinary measure instead of imposing the serious and immediate consequence of termination would have undermined the policy's deterrent effect. Therefore, the Tribunal reasonably concluded that incorporating these aspects of individual accommodation would result in undue hardship.

*Per Gascon J. (dissenting):* Although drug dependence is a protected ground of discrimination in human rights law, stigmas surrounding drug dependence — like the belief that individuals suffering from it are the authors of their own misfortune or that their concerns are less credible than those of people suffering from other forms of disability — sometimes impair the ability of courts and society to objectively assess the merits of their discrimination claims. These stigmas contribute to the uneasy fit of drug addiction and drug testing policies in the human rights arena. The improper considerations relied on by the Tribunal effectively excluded S from the scope of human rights protections.

A drug policy that automatically terminates employees who use drugs *prima facie* discriminates against individuals burdened by drug dependence. The legal threshold for *prima facie* discrimination is whether the complainant's protected ground is a factor in the harm they suffer (also called "contribution"). Here, drug dependence was a factor in S's drug use, so the policy under which S was terminated for using drugs is *prima facie* discriminatory. The Tribunal's analysis was unreasonable because it misunderstood the legal principles informing discrimination law, and was unsupported by its factual findings.

The analysis of *prima facie* discrimination, and, in particular, contribution, is concerned with discriminatory effect, not discriminatory intent. Contribution addresses the relationship between an employee's protected ground

contrainte excessive. Étant donné les objectifs et responsabilités de l'employeur au chapitre de la sécurité à la mine de charbon, il était impératif de dissuader les employés de consommer de la drogue d'une manière susceptible de nuire à leur rendement et d'avoir des conséquences dévastatrices. Soumettre S à une évaluation individuelle ou lui imposer une suspension sans solde pour une durée limitée en guise de mesure disciplinaire au lieu de le licencier, une mesure grave et immédiate, aurait sapé l'effet dissuasif de la politique. Le Tribunal a donc raisonnablement conclu que l'instauration de ces aspects de l'accommodement individuel entraînerait une contrainte excessive.

*Le juge Gascon (dissident) :* Bien que la dépendance aux drogues constitue un motif de discrimination illicite en matière de droits de la personne, les préjugés qui concernent la dépendance aux drogues — comme la croyance que les personnes qui en souffrent sont les artisans de leur propre malheur ou que leurs préoccupations sont moins crédibles que celles des personnes souffrant d'autres formes de déficience — empêchent parfois les tribunaux et la société d'apprécier objectivement le bien-fondé de leurs allégations de discrimination. Ces préjugés contribuent à l'intégration non harmonieuse des politiques en matière de dépendance aux drogues et de dépistage des drogues dans l'arène des droits de la personne. Les considérations non pertinentes sur lesquelles s'est appuyé le Tribunal ont eu pour effet d'exclure S de la portée des protections en matière de droits de la personne.

Une politique en matière de drogues dont l'application a pour effet de congédier automatiquement les employés qui consomment de la drogue exerce une discrimination *prima facie* envers les personnes que la dépendance aux drogues accable. Le critère juridique applicable en matière de discrimination *prima facie* consiste à se demander si le motif protégé du plaignant a constitué un facteur dans le préjudice qu'il a subi (aussi appelé « contribution »). En l'espèce, la dépendance aux drogues de S a constitué un facteur dans sa consommation de drogues. En conséquence, la politique en application de laquelle S a été congédié pour avoir consommé de la drogue est discriminatoire à première vue. L'analyse du Tribunal était déraisonnable car elle se méprenait sur les principes juridiques sous-tendant le droit en matière de discrimination et n'était pas étayée par ses conclusions de fait.

L'analyse de la discrimination *prima facie* et, plus particulièrement, de la contribution, porte sur l'effet discriminatoire, et non sur l'intention discriminatoire. La contribution désigne le rapport entre le motif protégé de

and harm, not between the ground and the intent to harm that employee. A ground need only be at least one of the factors linked to the employee's harm. The Tribunal did not follow this established approach. Instead, it unreasonably held that S's addiction did not contribute to his termination based on four conceptual errors.

First, it required S to make prudent choices to avoid discrimination. Requiring that complainants be prudent in avoiding discrimination amounts to a sort of contributory fault defence in discrimination cases, which (1) places a burden on complainants to avoid discrimination, rather than on employers not to discriminate; (2) is irreconcilable with recently recognized statutory grounds that arguably implicate a complainant's choices that are significant to their identity; (3) generally contradicts the Court's rejection of drawing superficial distinctions between protected grounds and conduct inextricably linked to those grounds; (4) specifically contradicts the Court's rejection of the view that choice makes drug users responsible for the harms of their drug use; (5) reinforces stigma by blaming marginalized communities for their choices; and (6) substitutes the proper inquiry (whether drug-dependent individuals are adversely impacted by the policy) with an improper inquiry (whether drug-dependent individuals are so overwhelmingly impacted by their addictions that any discrimination they experience is caused exclusively by their addictions).

Second, the Tribunal limited S's protections to an assurance of formal equality. While both dependent and recreational drug users will receive similar treatment for violating the policy, only drug-dependent persons will uniquely and disproportionately struggle in complying with the terms of the policy.

Third, the Tribunal required S to prove that he was treated arbitrarily or stereotypically, importing substantive considerations into the settled and low threshold for *prima facie* discrimination and shifting a justificatory burden from the employer onto the complainant.

Finally, the Tribunal required S to prove a causal relationship between his ground and harm, a higher bar

l'employé et le préjudice qu'il subit, et non entre le motif et l'intention de léser cet employé. Un motif n'a qu'à constituer l'un des facteurs à l'origine du préjudice de l'employé. Le Tribunal n'a pas suivi cette approche établie. Il a plutôt déraisonnablement conclu que la dépendance de S n'avait pas contribué à son congédiement en raison de quatre erreurs conceptuelles.

Premièrement, il exigeait de S qu'il fasse des choix prudents pour éviter la discrimination. Exiger que les plaignants se montrent prudents en évitant la discrimination équivaut à une sorte de moyen de défense fondé sur la faute contributoire en matière de discrimination, ce qui (1) fait porter au plaignant le fardeau d'éviter la discrimination, plutôt que de faire porter à l'employeur le fardeau de ne pas exercer de discrimination; (2) est incompatible avec certains motifs légaux reconnus récemment dont on peut prétendre qu'ils font entrer en ligne de compte les choix d'un plaignant qui sont importants pour son identité; (3) contredit généralement le rejet par la Cour de la séparation superficielle entre les motifs protégés et la conduite inextricablement liée à ces motifs; (4) contredit plus particulièrement le rejet par la Cour de l'opinion selon laquelle le choix rend les consommateurs de drogues responsables des préjudices découlant de leur consommation de drogue; (5) renforce la stigmatisation en blâmant les communautés marginalisées pour leurs choix; (6) remplace l'analyse appropriée — qui consiste à se demander si les personnes dépendantes aux drogues sont lésées par la politique — par une analyse inappropriée, soit celle de se demander si les personnes dépendantes aux drogues sont accablées par leur dépendance à tel point que la discrimination qu'elles subissent est exclusivement causée par leur dépendance.

Deuxièmement, le Tribunal a limité les protections dont jouit S à l'assurance d'une égalité formelle. Bien que les consommateurs de drogues, dépendants ou occasionnels, reçoivent le même traitement en cas de violation de la politique, ce ne sont que les personnes souffrant d'une dépendance aux drogues qui auront particulièrement et de façon disproportionnée de la difficulté à respecter la politique.

Troisièmement, le Tribunal a exigé de S qu'il prouve qu'il a été traité de façon arbitraire ou stéréotypée, introduisant ainsi des considérations de fond dans le critère établi et peu exigeant applicable à la discrimination *prima facie* et faisant passer le fardeau de la justification de l'employeur au plaignant.

Enfin, le Tribunal a exigé de S qu'il établisse un rapport de causalité entre son motif et son préjudice, une

than the mere “factor” threshold repeatedly adopted by the Court. *Prima facie* discrimination should not be narrowly construed to preserve the enforceability of drug and alcohol policies. Doing so imports justificatory considerations into the *prima facie* discrimination analysis and exaggerates the implication of finding such policies *prima facie* discriminatory when they would simply need to be justified as relating to *bona fide* occupational requirements. It also narrows the Court’s recent jurisprudence, which holds that terminating an employee for a reason related to addiction is precisely what it means for that addiction to be a factor in the employee’s harm.

As such, while the Tribunal cited the proper legal test for *prima facie* discrimination, the manner in which it applied that test and the lack of an evidentiary foundation for its findings demonstrate that its holding on contribution was unreasonable and thus unworthy of deference. Although it repeatedly stated that S’s addiction was not a factor in his termination, its reasons suggest that it meant that S’s addiction was not a factor in the employer’s decision to terminate him. That was the wrong legal test. Under the proper test, the evidence before the Tribunal could not support its conclusion that S’s drug dependence did not contribute to his termination. His residual control over his choices merely diminishes the extent to which his dependence contributed to his harm, it does not eliminate it as a factor. The Tribunal avoided this argument by considering discriminatory intent, not adverse effect, and by improperly requiring absolute incapacity to ground a claim relating to discrimination based on addiction. Consequently, the termination of S was *prima facie* discriminatory.

With respect to justification, a policy that accommodates employees through mechanisms which are either inaccessible by the employee due to their disability or only applicable to the employee post-termination cannot justify *prima facie* discrimination. Reasonable accommodation requires that the employer arrange the employee’s workplace or duties to enable the employee to do his or her work, if it can do so without undue hardship. To determine what reasonable or practical alternatives are available, an employer must engage in an individualized analysis of the employee based on the

barre plus haute que le critère du simple « facteur » maintes fois adopté par la Cour. Il ne faut pas interpréter restrictivement la discrimination *prima facie* pour préserver le caractère exécutoire des politiques en matière de drogues et d’alcool. Cette interprétation a pour effet d’introduire des considérations liées à la justification dans l’analyse de la discrimination *prima facie* et d’exagérer ce que suppose le fait de juger ces politiques discriminatoires à première vue, alors qu’elles devraient tout simplement être justifiées comme se rapportant à des exigences professionnelles justifiées. Elle restreint également la jurisprudence récente de la Cour selon laquelle congédier un employé pour une raison liée à une dépendance constitue précisément ce qu’il faut entendre par le fait, pour la dépendance, d’avoir constitué un facteur du préjudice subi par l’employé.

Ainsi, bien que le Tribunal ait cité le bon critère juridique relativement à la discrimination *prima facie*, la manière dont il l’a appliqué et l’absence d’éléments de preuve à l’appui de ses conclusions démontrent que sa conclusion relative à la contribution est déraisonnable et ne mérite pas que l’on fasse preuve de déférence à son endroit. Même s’il a maintes fois affirmé que la dépendance de S n’avait pas constitué un facteur de son congédiement, ses motifs laissent entendre qu’il voulait dire que la dépendance de S n’avait pas constitué un facteur dans la décision de l’employeur de le congédier. Il s’agit du mauvais critère juridique. Selon le bon critère, la preuve dont disposait le Tribunal ne pouvait pas appuyer sa conclusion selon laquelle la dépendance aux drogues de S n’avait pas contribué à son congédiement. Le contrôle résiduel qu’il exerçait sur ses choix ne fait que diminuer la mesure dans laquelle sa dépendance a contribué à son préjudice, et ne l’exclut pas en tant que facteur. Le Tribunal a éludé cet argument en se penchant sur l’intention discriminatoire plutôt que sur l’effet préjudiciable, et en exigeant à tort une invalidité absolue pour justifier une plainte de discrimination fondée sur une dépendance. Par conséquent, le congédiement de S était discriminatoire à première vue.

Quant à la justification, une politique qui accommode l’employé au moyen de mécanismes dont il ne peut se prévaloir en raison de sa déficience ou qui s’appliquent à l’employé uniquement après son congédiement ne saurait justifier l’existence d’une discrimination *prima facie*. L’accommodement raisonnable exige que l’employeur aménage, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l’employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail. Pour déterminer quelles sont les solutions de rechange raisonnables ou pratiques qui s’offrent à lui, l’employeur doit se livrer

employee's individual differences and capabilities. Therefore, any predetermined or blanket approach to sanctions imposed on employees for disability-related conduct will struggle to fulfill an employer's individualized duty to accommodate.

Here, the text of the impugned policy provides for individualized post-incident accommodation: disciplinary action against an employee who tests positive for drugs is to be based on all relevant circumstances, including the employee's employment record, the circumstances surrounding the positive test, the employee's stated pattern of usage, the likelihood that the employee's work performance has been or may be adversely affected, and the importance of deterring such behaviour. However, the policy was implemented, contrary to its express terms, with no consideration of S's circumstances. In the human rights context, it is not appropriate for the employer to forego individual assessment in the interest of deterrence, even in the safety-sensitive environment of this workplace, and even though that environment motivates strict drug policies.

None of the employer's efforts at accommodation provided S with accessible accommodation during his employment, and those efforts failed to consider his individual circumstances in a dignified manner, so the employer cannot be said to have discharged its duty to accommodate him as an employee up to the point of undue hardship and the Tribunal's findings to the contrary were unreasonable. Before termination, S was purportedly accommodated by the offer of lenient treatment if he voluntarily disclosed his drug dependence. But that accommodation was inaccessible by him because he appeared to have been unaware of his dependence, a symptom of his disability. After termination, he was allegedly accommodated by being given the prospect of reapplying for his position. But accommodation assists employees in their sustained employment, not former employees who may, or may not, successfully reapply for the position they lost as a result of a *prima facie* discriminatory termination. Given that all of the purported accommodations provided by the employer could not qualify as accommodation in law, the Tribunal's holding that those accommodations constituted appropriate accommodation was open to intervention.

à une analyse individualisée de l'employé en question, compte tenu des différences et des capacités individuelles de l'employé. Par conséquent, toute approche préétablie ou générale à l'égard des sanctions infligées aux employés pour une conduite liée à une déficience peinera à remplir l'obligation d'accommodement individualisé de l'employeur.

En l'espèce, le texte de la politique attaquée prévoit un accommodement adapté postérieur à l'incident : les mesures disciplinaires prises à l'endroit de l'employé qui obtient un résultat positif à un test de dépistage de drogues doivent dépendre de l'ensemble des circonstances pertinentes, notamment le dossier d'emploi de l'employé, les circonstances du résultat positif, les habitudes de consommation déclarées de l'employé, la probabilité que le rendement au travail de l'employé en ait souffert ou puisse en souffrir et l'importance de la dissuasion d'un tel comportement. Toutefois, contrairement à ses termes exprès, la politique a été mise en œuvre sans égard à la situation de S. Dans le contexte des droits de la personne, il n'est pas opportun pour l'employeur de passer outre à l'évaluation individuelle au nom de la dissuasion, et ce, même dans ce milieu de travail à risque et en dépit du fait que ce milieu incite à l'instauration de politiques strictes sur les drogues.

Aucune des mesures d'accommodement de l'employeur n'a fourni à S un accommodement dont il pouvait se prévaloir au cours de son emploi et ces mesures n'ont pas tenu compte de sa situation personnelle d'une manière digne. On ne saurait donc affirmer que l'employeur s'est acquitté de son obligation de composer avec lui en tant qu'employé jusqu'à ce qu'il en résulte pour l'employeur une contrainte excessive et les conclusions contraires du Tribunal étaient déraisonnables. Avant son congédiement, S aurait été accommodé par l'offre d'un traitement clémente s'il divulguait volontairement sa dépendance aux drogues, mais il ne pouvait se prévaloir de cet accommodement parce qu'il ne semblait pas conscient de sa dépendance, un symptôme de sa déficience. Après son congédiement, il aurait été accommodé par la possibilité de postuler de nouveau à son poste, mais l'accommodement aide les employés qui ont conservé leur emploi, et non les anciens employés qui peuvent ou non postuler de nouveau avec succès au poste qu'ils ont perdu à la suite d'un congédiement discriminatoire à première vue. Étant donné que l'ensemble des prétendus accommodements consentis par l'employeur ne peuvent être considérés comme tels en droit, la conclusion du Tribunal selon laquelle ils constituaient des accommodements adéquats était susceptible d'intervention.

## Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Referred to:** *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 SCC 43, [2008] 2 S.C.R. 561; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Health Employers Assn. of British Columbia v. B.C.N.U.*, 2006 BCCA 57, 54 B.C.L.R. (4th) 113; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61.

By Moldaver and Wagner JJ.

**Referred to:** *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970.

By Gascon J. (dissenting)

*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 SCC 43, [2008] 2 S.C.R. 561; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1

## Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts mentionnés :** *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43, [2008] 2 R.C.S. 561; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Health Employers Assn. of British Columbia c. B.C.N.U.*, 2006 BCCA 57, 54 B.C.L.R. (4th) 113; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61.

Citée par les juges Moldaver et Wagner

**Arrêts mentionnés :** *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970.

Citée par le juge Gascon (dissent)

*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43, [2008] 2 R.C.S. 561; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*,

S.C.R. 190; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane* (2008), 64 C.H.R.R. D/132; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362; *British Columbia Public Service Agency v. B.C.G.E.U.*, 2008 BCCA 357, 83 B.C.L.R. (4th) 299; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504.

### Statutes and Regulations Cited

*Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5, s. 7(1).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, c. H-14, ss. 7(1), (3), 44(1)(h) “mental disability”, (l) “physical disability”.

### Authors Cited

Koshan, Jennifer. “Under the Influence: Discrimination Under Human Rights Legislation and Section 15 of the *Charter*” (2014), 3 *Can. J. Hum. Rts.* 115.  
 Oliphant, Benjamin. “*Prima Facie* Discrimination: Is *Tranchemontagne* Consistent with the Supreme Court of Canada’s Human Rights Code Jurisprudence?” (2012), 9 *J.L. & Equality* 33.  
 Pothier, Dianne. “Tackling Disability Discrimination at Work: Toward a Systemic Approach” (2010), 4 *M.J.L.H.* 17.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Picard, Watson and O’Ferrall JJ.A.), 2015 ABCA 225, 19 Alta. L.R. (6th) 219, 602 A.R. 210, 647 W.A.C. 210, 87 Admin. L.R. (5th) 299, 24 C.C.E.L. (4th) 1, 81 C.H.R.R. D/367, [2015] CLLC ¶230-046, 386 D.L.R. (4th) 383, [2015] 9 W.W.R. 1, [2015] A.J. No. 728 (QL), 2015 CarswellAlta 1190 (WL Can.), setting aside in part a decision of Michalyshyn J., 2013 ABQB 756, 581 A.R. 234, [2014] CLLC ¶230-012, [2013] A.J. No. 1462 (QL), 2013 CarswellAlta 2733 (WL Can.), affirming a decision of the Alberta Human Rights Commission (Tribunal), 2012 AHRC 7, 74 C.H.R.R. D/425, 2012 CarswellAlta 2396 (WL Can.). Appeal dismissed, Gascon J. dissenting.

2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *ADGA Group Consultants Inc. c. Lane* (2008), 64 C.H.R.R. D/132; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362; *British Columbia Public Service Agency c. B.C.G.E.U.*, 2008 BCCA 357, 83 B.C.L.R. (4th) 299; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504.

### Lois et règlements cités

*Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5, art. 7(1).  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, c. H-14, art. 7(1), (3), 44(1)(h) « *mental disability* », (l) « *physical disability* ».

### Doctrine et autres documents cités

Koshan, Jennifer. « Under the Influence : Discrimination Under Human Rights Legislation and Section 15 of the *Charter* » (2014), 3 *Can. J. Hum. Rts.* 115.  
 Oliphant, Benjamin. « *Prima Facie* Discrimination : Is *Tranchemontagne* Consistent with the Supreme Court of Canada’s Human Rights Code Jurisprudence? » (2012), 9 *J.L. & Equality* 33.  
 Pothier, Dianne. « Tackling Disability Discrimination at Work : Toward a Systemic Approach » (2010), 4 *R.D.S.M.* 17.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Picard, Watson et O’Ferrall), 2015 ABCA 225, 19 Alta. L.R. (6th) 219, 602 A.R. 210, 647 W.A.C. 210, 87 Admin. L.R. (5th) 299, 24 C.C.E.L. (4th) 1, 81 C.H.R.R. D/367, [2015] CLLC ¶230-046, 386 D.L.R. (4th) 383, [2015] 9 W.W.R. 1, [2015] A.J. No. 728 (QL), 2015 CarswellAlta 1190 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Michalyshyn, 2013 ABQB 756, 581 A.R. 234, [2014] CLLC ¶230-012, [2013] A.J. No. 1462 (QL), 2013 CarswellAlta 2733 (WL Can.), confirmant une décision de l’Alberta Human Rights Commission (Tribunal), 2012 AHRC 7, 74 C.H.R.R. D/425, 2012 CarswellAlta 2396 (WL Can.). Pourvoi rejeté, le juge Gascon est dissident.

*E. Wayne Benedict*, for the appellant.

*Peter A. Gall, Q.C., Andrea L. Zwack* and *Benjamin J. Oliphant*, for the respondent the Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations.

*Janice R. Ashcroft, Q.C.*, for the respondent the Alberta Human Rights Commission (Tribunal).

*Karen R. Spector* and *Mariam Shanouda*, for the interveners the Council of Canadians with Disabilities and the Empowerment Council.

*Barbara B. Johnston, Q.C.*, and *April Kosten*, for the interveners the Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association, Enform Canada, the Electrical Contractors Association of Alberta, the Mining Association of Canada, the Mining Association of British Columbia, the Ontario Mining Association, the Northwest Territories and Nunavut Chamber of Mines and the Saskatchewan Mining Association.

*Ritu Khullar, Q.C.*, and *Vanessa Cosco*, for the intervener the United Nurses of Alberta.

*Norm Keith* and *Marc Rodrigue*, for the interveners the Ontario General Contractors Association, the Ontario Formwork Association and the Greater Toronto Sewer and Watermain Contractors Association.

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

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

[1] Ian Stewart worked in a mine operated by the Elk Valley Coal Corporation, driving a loader. The mine operations were dangerous, and maintaining a safe worksite was a matter of great importance to the employer and employees. The employer implemented the Alcohol, Illegal Drugs & Medications Policy, aimed at ensuring safety in the mine (“Policy”). Employees were expected to

*E. Wayne Benedict*, pour l’appelant.

*Peter A. Gall, c.r., Andrea L. Zwack* et *Benjamin J. Oliphant*, pour l’intimée Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations.

*Janice R. Ashcroft, c.r.*, pour l’intimée Alberta Human Rights Commission (Tribunal).

*Karen R. Spector* et *Mariam Shanouda*, pour les intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences et Empowerment Council.

*Barbara B. Johnston, c.r.*, et *April Kosten*, pour les intervenantes Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association, Enform Canada, Electrical Contractors Association of Alberta, L’Association minière du Canada, Mining Association of British Columbia, Ontario Mining Association, Northwest Territories and Nunavut Chamber of Mines et Saskatchewan Mining Association.

*Ritu Khullar, c.r.*, et *Vanessa Cosco*, pour l’intervenant United Nurses of Alberta.

*Norm Keith* et *Marc Rodrigue*, pour les intervenantes Ontario General Contractors Association, Ontario Formwork Association et Greater Toronto Sewer and Watermain Contractors Association.

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

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

[1] Ian Stewart travaillait dans une mine exploitée par l’Elk Valley Coal Corporation où il conduisait un camion de transport. Les activités de la mine étaient dangereuses, et le maintien d’un chantier sécuritaire revêtait une grande importance aux yeux de l’employeur et des employés. L’employeur a mis en place une politique sur la consommation d’alcool, de drogues illégales et de médicaments qui visait à

disclose any dependence or addiction issues before any drug-related incident occurred. If they did, they would be offered treatment. However, if they failed to disclose and were involved in an incident and tested positive for drugs, they would be terminated — a policy succinctly dubbed the “no free accident” rule. The aim of the Policy was to ensure safety by encouraging employees with substance abuse problems to come forward and obtain treatment before their problems compromised safety. Employees, including Mr. Stewart, attended a training session at which the Policy was reviewed and explained. Mr. Stewart signed a form acknowledging receipt and understanding of the Policy.

[2] Mr. Stewart used cocaine on his days off. He did not tell his employer that he was using drugs. One day, near the end of a 12-hour shift, Mr. Stewart’s loader was involved in an accident. No one was hurt, but Mr. Stewart tested positive for drugs. Following the positive drug test, in a meeting with his employer, Mr. Stewart said that he thought he was addicted to cocaine. Nine days later, his employer terminated his employment in accordance with the “no free accident” rule.

[3] Addiction is a recognized disability under the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, c. H-14 (“Act”). Mr. Stewart, through his union representative Brent Bish, argues that he was terminated for addiction and that this constitutes discrimination under the Act, which states:

**7(1) No employer shall**

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or
- (b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

assurer la sécurité dans la mine (« Politique »). Les employés étaient censés révéler tout problème de dépendance ou d’accoutumance avant qu’un incident lié à la drogue ne survienne. S’ils le faisaient, on leur offrait un traitement. Si, en revanche, ils ne le faisaient pas, étaient mêlés à un incident et obtenaient un résultat positif à un test de dépistage de drogues, ils étaient congédiés — une politique succinctement appelée la règle [TRADUCTION] « pas d’accident sans conséquences ». La Politique visait à assurer la sécurité en encourageant les employés aux prises avec des problèmes de toxicomanie à se manifester et à suivre un traitement avant que leurs problèmes ne compromettent la sécurité. Les employés, dont M. Stewart, ont assisté à une séance de formation au cours de laquelle la Politique a été examinée et expliquée. Monsieur Stewart a signé un formulaire attestant qu’il avait reçu et compris la Politique.

[2] Monsieur Stewart prenait de la cocaïne pendant ses jours de congé. Il n’a pas dit à son employeur qu’il consommait de la drogue. Un jour, vers la fin d’un quart de travail de 12 heures, M. Stewart a eu un accident avec son camion. Personne n’a été blessé, mais M. Stewart a obtenu un résultat positif à un test de dépistage de drogues. À la suite du résultat positif, lors d’une rencontre avec son employeur, M. Stewart a dit croire qu’il souffrait d’une dépendance à la cocaïne. Neuf jours plus tard, son employeur l’a congédié conformément à la règle « pas d’accident sans conséquences ».

[3] La dépendance est une déficience reconnue dans la *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, c. H-14 (« Loi »). Monsieur Stewart, par l’entremise de son représentant syndical, Brent Bish, soutient qu’il a été congédié en raison de sa dépendance et que cela constitue de la discrimination au sens de la Loi, qui prévoit :

[TRADUCTION]

**7(1) Nul employeur ne peut :**

- (a) soit refuser d’employer ou de continuer d’employer une personne;
- (b) soit exercer une discrimination à l’égard d’une personne en matière d’emploi ou de conditions d’emploi,



because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status of that person or of any other person.

sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique, de la déficience mentale, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu, de la situation familiale de la personne en question ou de toute autre personne.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

44(1) In this Act,

44(1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

(h) “mental disability” means any mental disorder, developmental disorder or learning disorder, regardless of the cause or duration of the disorder;

(h) « déficience mentale » Tout trouble mental, trouble de développement ou trouble d'apprentissage, indépendamment de la cause ou de la durée du trouble.

(l) “physical disability” means any degree of physical disability, infirmity, malformation or disfigurement that is caused by bodily injury, birth defect or illness . . . ;

(l) « déficience physique » Tout degré de déficience physique, d'infirmité, de malformation ou de défigurement résultant d'une lésion corporelle, d'une anomalie congénitale ou d'une maladie . . .

[4] The Alberta Human Rights Commission (“Tribunal”) held that Mr. Stewart was not terminated because of his addiction, but for breaching the Policy, which required him to disclose his addiction or dependency before an accident occurred to avoid termination. The Tribunal’s decision was affirmed by the Alberta Court of Queen’s Bench and by the Alberta Court of Appeal, O’Ferrall J.A., dissenting. Mr. Stewart, through Mr. Bish, now appeals to this Court.

[4] L’Alberta Human Rights Commission (« Tribunal ») a conclu que M. Stewart avait été congédié non pas en raison de sa dépendance, mais pour avoir violé la Politique qui l’obligeait à révéler sa dépendance ou son accoutumance avant que ne survienne un accident pour éviter d’être congédié. La décision du Tribunal a été confirmée par la Cour du Banc de la Reine et la Cour d’appel de l’Alberta, le juge O’Ferrall étant dissident. Monsieur Stewart, par l’entremise de M. Bish, se pourvoit maintenant devant notre Cour.

[5] Like the majority of the Court of Appeal, I find no basis for interfering with the decision of the Tribunal. The main issue is whether the employer terminated Mr. Stewart because of his addiction (raising a *prima facie* case of discrimination), or whether the employer terminated him for breach of the Policy prohibiting drug use unrelated to his addiction

[5] À l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel, je ne vois aucune raison de modifier la décision du Tribunal. La question principale est de savoir si l’employeur a congédié M. Stewart en raison de sa dépendance (ce qui constituerait de la discrimination *prima facie*), ou s’il l’a congédié en raison d’une violation de la Politique interdisant la consommation

because he had the capacity to comply with those terms (not raising a *prima facie* case of discrimination). This is essentially a question of fact, for the Tribunal to determine. After a thorough review of all the evidence, the Tribunal concluded that the employer had terminated Mr. Stewart's employment for breach of its Policy. The Tribunal's conclusion was reasonable.

## II. Prior Decisions

### A. *The Tribunal Decision, 2012 AHRC 7*

[6] The Tribunal, in a decision authored by the Honourable Paul Chrumka, accepted the settled two-part test for discrimination in the workplace. At the first step, the employee must establish a *prima facie* case of discrimination, by showing: (1) a disability which is protected under the Act; (2) adverse treatment with regard to his employment or a term of that employment; and (3) that the disability was a factor in the adverse treatment. Relying on expert evidence, the Tribunal concluded that Mr. Stewart was addicted to drugs (even though he did not recognize his addiction at the time), and that this addiction constituted a disability protected under the Act. The Tribunal also concluded that Mr. Stewart's termination constituted adverse treatment by the employer. However, it found that Mr. Stewart's disability was "not a factor in the termination" (para. 125 (CanLII)). In the Tribunal's view, Mr. Stewart was terminated for failing to comply with the Policy, which required Mr. Stewart to disclose his drug use prior to the accident and denied him the benefit of "one free accident" (para. 142). Therefore, there was no *prima facie* discrimination.

[7] In the alternative, the Tribunal stated that, if a *prima facie* case of discrimination had been established, it would have found that the employer discharged its onus at the second step of establishing that it had accommodated Mr. Stewart to the point of undue hardship.

de drogue qui n'a rien à voir avec sa dépendance parce qu'il avait la capacité de respecter ses modalités (ce qui ne constituerait pas de la discrimination *prima facie*). C'est essentiellement une question de fait qu'il appartient au Tribunal de trancher. Après un examen approfondi de toute la preuve, le Tribunal a conclu que l'employeur avait congédié M. Stewart pour avoir violé sa Politique. La conclusion du Tribunal était raisonnable.

## II. Les décisions antérieures

### A. *La décision du Tribunal, 2012 AHRC 7*

[6] Dans une décision rédigée par l'honorable Paul Chrumka, le Tribunal a retenu le critère à deux volets établi pour déterminer s'il y a discrimination en milieu de travail. Au premier volet, l'employé doit établir l'existence d'une discrimination *prima facie* en démontrant : (1) qu'il a une déficience protégée par la Loi; (2) qu'il a subi un traitement préjudiciable relativement à son emploi ou à une modalité de son emploi; (3) que la déficience a constitué un facteur du traitement préjudiciable. S'appuyant sur la preuve d'expert, le Tribunal a conclu que M. Stewart souffrait d'une dépendance aux drogues (même s'il ne le reconnaissait pas à l'époque) et que sa dépendance constituait une déficience protégée par la Loi. Le Tribunal a également conclu que le congédiement de M. Stewart constituait un traitement préjudiciable de la part de l'employeur. Cependant, il a conclu que la déficience de M. Stewart n'avait [TRADUCTION] « pas constitué un facteur du congédiement » (par. 125 (CanLII)). Selon le Tribunal, M. Stewart a été congédié pour avoir omis de se conformer à la Politique qui l'obligeait à révéler sa consommation de drogue avant l'accident et l'empêchait de bénéficier d'« un accident sans conséquences » (par. 142). Il n'y avait donc pas de discrimination *prima facie*.

[7] Subsidiairement, le Tribunal a affirmé que même si l'existence d'une discrimination *prima facie* avait été établie, il aurait conclu que l'employeur s'était acquitté de son fardeau, à la deuxième étape, de prouver qu'il avait composé avec M. Stewart tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive.

[8] The Tribunal, at para. 131, relied on *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (“*Meiorin*”), in setting the test for a *bona fide* occupational requirement. *Meiorin* provides that

[a]n employer may justify the impugned standard by establishing on the balance of probabilities:

- (1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;
- (2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and
- (3) that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer. [para. 54]

Then, at para. 133, the Tribunal quoted *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d’Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 SCC 43, [2008] 2 S.C.R. 561, at paras. 12 and 16, elaborating on the undue hardship criteria:

What is really required is not proof that it is impossible to integrate an employee who does not meet a standard, but proof of undue hardship, which can take as many forms as there are circumstances. . . .

. . . .

The test is not whether it was impossible for the employer to accommodate the employee’s characteristics. The employer does not have a duty to change working conditions in a fundamental way, but does have a duty, if it can do so without undue hardship, to arrange the employee’s workplace or duties to enable the employee to do his or her work.

[9] The Tribunal found that the employer had adopted the “no free accident” rule in good faith for a job-related purpose, believing that “application of

[8] Au paragraphe 131, le Tribunal a invoqué *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), pour établir le critère applicable à l’exigence professionnelle justifiée. Selon *Meiorin* :

L’employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités :

- (1) qu’il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l’exécution du travail en cause;
- (2) qu’il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu’elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu’il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l’employeur subisse une contrainte excessive. [par. 54]

Puis, au par. 133, le Tribunal a cité les par. 12 et 16 de l’arrêt *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d’Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43, [2008] 2 R.C.S. 561, qui donne des précisions sur le critère de la contrainte excessive :

Ce qui est véritablement requis ce n’est pas la démonstration de l’impossibilité d’intégrer un employé qui ne respecte pas une norme, mais bien la preuve d’une contrainte excessive qui, elle, peut prendre autant de formes qu’il y a de circonstances. . . .

. . . .

Le critère n’est pas l’impossibilité pour un employeur de composer avec les caractéristiques d’un employé. L’employeur n’a pas l’obligation de modifier de façon fondamentale les conditions de travail, mais il a cependant l’obligation d’aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l’employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail.

[9] Le Tribunal a conclu que l’employeur avait adopté la règle « pas d’accident sans conséquences » de bonne foi et dans un but lié au travail en cause, en

the policy was necessary to ensure the deterrent effect of the policy and ultimately safety in the workplace” (para. 147). The only question was whether the employer could have continued to employ Mr. Stewart without undue hardship. The Tribunal concluded it could not:

If the [employer] had to offer the opportunity for assessment to Mr. Stewart or replace the harsher and immediate effects of termination of employment with less serious consequences, the deterrent effect of the Policy would be significantly lessened, and constitute an undue hardship to the company, given the [employer]’s safety responsibilities. [para. 152]

[10] The Tribunal also found that offering an assessment without termination given that Mr. Stewart was able to make conscious choices regarding his drug use, would dilute the purpose of the Policy. Finally, the Tribunal found that the opportunity under the Policy to come forward and access treatment without fear of discipline, and the invitation to obtain treatment and apply for re-employment in six months, constituted accommodation of the disability.

B. *The Motions Judge’s Decision, 2013 ABQB 756, 581 A.R. 234*

[11] Mr. Bish appealed the Tribunal’s decision to the Alberta Court of Queen’s Bench. The motions judge (Michalyshyn J.) held that the standard of review was correctness on the issue of a *prima facie* case of discrimination, and reasonableness on the issue of accommodation. He dismissed the appeal on the ground that the Tribunal had not erred in concluding that the reason for termination was not addiction, but breach of the Policy. The evidence supported this conclusion and the fact that Mr. Stewart may have been in denial changed nothing.

[12] On the second issue, the motions judge held that if a *prima facie* case had been made out, the Tribunal erred in finding that the Policy accommodated

croyant que [TRADUCTION] « l’application de la politique était nécessaire pour assurer son effet dissuasif et, ultimement, la sécurité au travail » (par. 147). Il s’agissait uniquement de savoir si l’employeur aurait pu continuer à employer M. Stewart sans subir de contrainte excessive. Le Tribunal a conclu que non :

[TRADUCTION] Si l’[employeur] devait offrir à M. Stewart la possibilité de se soumettre à une évaluation ou remplacer les conséquences plus lourdes et immédiates du congédiement par des conséquences moins graves, l’effet dissuasif de la Politique serait considérablement amoindri, ce qui constituerait une contrainte excessive pour l’entreprise, vu les responsabilités de l’[employeur] en matière de sécurité. [par. 152]

[10] Le Tribunal a également conclu qu’étant donné que M. Stewart était en mesure de faire des choix conscients quant à sa consommation de drogue, le fait d’offrir une évaluation sans congédiement diluerait l’objet de la Politique. Enfin, le Tribunal a conclu que la possibilité qu’offrait la Politique de se manifester et de suivre un traitement sans craindre des mesures disciplinaires, ainsi que l’invitation à suivre un traitement et à présenter une nouvelle demande d’emploi dans six mois, constituaient un moyen de composer avec la déficience.

B. *La décision du juge des requêtes, 2013 ABQB 756, 581 A.R. 234*

[11] Monsieur Bish a interjeté appel de la décision du Tribunal devant la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta. Le juge des requêtes (le juge Michalyshyn) a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte quant à la question de la discrimination *prima facie* et celle de la décision raisonnable quant à la question de l’accommodement. Il a rejeté l’appel au motif que le Tribunal n’avait pas commis d’erreur en concluant que le motif de congédiement était non pas la dépendance, mais la violation de la Politique. La preuve appuyait cette conclusion et la possibilité que M. Stewart ait été dans le déni n’y changeait rien.

[12] Quant à la deuxième question, le juge des requêtes a conclu que si une discrimination *prima facie* avait été établie, le Tribunal a conclu à tort

Mr. Stewart, because Mr. Stewart “was not ‘capable’ of seeking treatment under the Policy by reason of a dependency or addiction he did not know he had” (para. 63; see also paras. 58-66). Self-reporting is not an accommodation for people in denial of their disability, he held.

C. *The Court of Appeal’s Decision, 2015 ABCA 225, 19 Alta. L.R. (6th) 219*

[13] The majority of the Court of Appeal (Picard and Watson JJ.A.) dismissed the appeal and upheld the Tribunal’s decision.

[14] On the issue of *prima facie* discrimination, the majority applied this Court’s three-part test set out in *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360, and held that disability must be a real factor in the adverse impact, not just part of the background. Using the example of non-smoking policies, the majority held that it is impermissible to refuse to employ a person simply because they have an addiction, but permissible to refuse to employ a person for violation of a general policy restricting consumption of addictive material that is imposed on everyone. The majority concluded, at para. 76:

Put another way, the Tribunal found no real *nexus* between the application of the employer’s policy and the disability itself as alleged for Stewart. There was not shown to be direct discrimination, in the sense of the employer acting upon arbitrary or pre-conceived stereotypes when Stewart was let go. Nor was there shown to be indirect discrimination, in the sense of the employer having created a structure of employment policy whereby termination would effectively follow from a culture of discriminatory employment arrangements. Finally, and importantly to the Tribunal’s decision, the *nexus* between the disability and the action of Elk Valley towards Stewart when he breached the terms of the Policy in at

que la Politique constituait un accommodement à l’égard de M. Stewart, parce que ce dernier [TRADUCTION] « n’était pas “capable” de chercher un traitement conformément à la Politique en raison d’une dépendance ou d’une accoutumance dont il ignorait souffrir » (par. 63; voir aussi par. 58-66). Selon lui, demander aux personnes de se manifester ne constitue pas un accommodement lorsque ces personnes nient leur déficience.

C. *La décision de la Cour d’appel, 2015 ABCA 225, 19 Alta. L.R. (6th) 219*

[13] Les juges majoritaires de la Cour d’appel (les juges Picard et Watson) ont rejeté l’appel et confirmé la décision du Tribunal.

[14] Quant à la discrimination *prima facie*, les juges majoritaires ont appliqué le critère à trois volets énoncé dans *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360, et conclu que la déficience doit constituer un facteur réel dans la manifestation de l’effet préjudiciable, et pas seulement un élément du contexte. Citant l’exemple des politiques antitabac, les juges majoritaires ont conclu qu’il n’est pas permis de refuser d’employer une personne simplement parce qu’elle a une dépendance, mais qu’il est permis de refuser d’employer une personne pour violation d’une politique générale, imposée à tous, qui limite la consommation d’un produit susceptible de créer une dépendance. Les juges majoritaires ont conclu ceci, au par. 76 :

[TRADUCTION] Autrement dit, le Tribunal a conclu qu’il n’y avait aucun *lien* réel entre l’application de la politique de l’employeur et la déficience elle-même, comme on l’a soutenu pour le compte de M. Stewart. On n’a pas démontré qu’il y avait eu discrimination directe, en ce sens que l’employeur aurait agi en fonction de stéréotypes arbitraires ou préconçus lorsque M. Stewart a été congédié. On n’a pas non plus démontré qu’il y avait eu discrimination indirecte, en ce sens que l’employeur aurait instauré une politique cadre d’emploi en raison de laquelle le congédiement découlerait effectivement d’une culture fondée sur des ententes discriminatoires en matière d’emploi. Enfin, et ce qui est important pour la décision du Tribunal, le *lien*

least two ways, was not such as to make his disability itself a “factor” in the action taken by Elk Valley.

[15] On the issue of accommodation, the majority held that an employer cannot be required to premise workplace safety policy on a flagrant demonstration of an addiction. The fact that an employee may not know he is addicted or be in denial about the addiction does not change this. Employers should not be required to establish intrusive workplace rules to sniff out potential addictions.

[16] O’Ferrall J.A. dissented on the ground that the Tribunal erred in law in relying on the absence of stereotypical behaviour to conclude no *prima facie* case of discrimination had been established, and in failing to consider the employer’s motive of deterrence in determining whether the addiction was a factor in the termination. In his view, the evidence showed that addiction was the real reason for the termination of Mr. Stewart’s employment.

[17] O’Ferrall J.A. also concluded that the employer had not accommodated Mr. Stewart’s disability to the point of undue hardship. In his view, self-reporting is not an accommodation for people in denial of their addiction; termination as opposed to suspension pending treatment was unduly harsh in the circumstances; and the Tribunal over-emphasized the employer’s need for deterrence and under-valued the need to assess the circumstances.

### III. The Issues

[18] The appellant raises three issues on appeal. First, he argues that the standard of review should be correctness. Second, he says that the Tribunal erred in concluding that *prima facie* discrimination was not established. Third, he argues that the Tribunal erred in finding that the employer has met its burden of establishing undue hardship.

entre la déficience et la mesure prise par Elk Valley à l’endroit de M. Stewart lorsqu’il a violé les modalités de la Politique d’au moins deux façons n’était pas suffisant pour faire de sa déficience elle-même un « facteur » de la mesure prise par Elk Valley.

[15] En ce qui concerne l’accommodement, les juges majoritaires ont conclu qu’on ne peut obliger l’employeur à faire reposer sa politique de sécurité au travail sur une manifestation flagrante de dépendance. La possibilité que l’employé ne sache pas qu’il est dépendant ou nie sa dépendance ne change rien à cela. Les employeurs ne devraient pas être tenus d’établir des règles de travail intrusives afin de flairer les dépendances potentielles.

[16] Le juge O’Ferrall a exprimé sa dissidence au motif que le Tribunal avait commis une erreur de droit en se fondant sur l’absence de comportement stéréotypé pour conclure qu’aucune discrimination *prima facie* n’avait été établie, et en ne tenant pas compte de la volonté de l’employeur de dissuader pour déterminer si la dépendance avait constitué un facteur du congédiement. À son avis, la preuve établissait que la dépendance était le véritable motif à l’origine du congédiement de M. Stewart.

[17] Le juge O’Ferrall a également conclu que l’employeur n’avait pas composé avec la déficience de M. Stewart tant qu’il n’en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive. À son avis, le fait que la personne doit elle-même se manifester ne constitue pas un accommodement pour les personnes qui nient leur dépendance; le congédiement, par opposition à une suspension jusqu’à la fin du traitement, était trop sévère dans les circonstances; et le Tribunal a surestimé le besoin de dissuasion de l’employeur et sous-estimé la nécessité d’évaluer les circonstances.

### III. Les questions en litige

[18] L’appelant soulève trois questions en appel. D’abord, il soutient que la norme de contrôle devrait être celle de la décision correcte. Ensuite, il affirme que le Tribunal a commis une erreur en concluant que l’existence d’une discrimination *prima facie* n’avait pas été établie. Enfin, il soutient que le Tribunal a fait erreur en concluant que l’employeur s’était acquitté de son fardeau d’établir la contrainte excessive.

#### IV. Analysis

##### A. *Standard of Review*

[19] Beneath the rhetoric that surrounds standard of review lies the question of deference: Should the reviewing court approach the decision below with deference?

[20] Reviewing courts generally approach the decisions of tribunals under human rights statutes with considerable deference. It is the tribunal's task to evaluate the evidence, find the facts and draw reasonable inferences from the facts. And it is the tribunal's task to interpret the statute in ways that make practical and legal sense in the case before it, guided by applicable jurisprudence. Reviewing courts tread lightly in these areas.

[21] The appellant, relying on what he concedes are “outlier” decisions, suggests that a non-deferential standard of correctness applies because legal issues arise with respect to whether stereotyping is a requirement of a *prima facie* case for discrimination, and with respect to when it becomes “impossible” to alter a workplace policy. As will be seen from the analysis that follows, these are essentially matters of applying the accepted law to the facts.

[22] In sum, this case involves the application of settled principles on workplace disability discrimination to a particular fact situation. The nature of the particular disability at issue — in this case addiction — does not change the legal principles to be applied. The debates here are not about the law, but about the facts and the inferences to be drawn from the facts. These issues were within the purview of the Tribunal, and attract deference. The only question is whether the Tribunal's decision was reasonable.

#### IV. Analyse

##### A. *La norme de contrôle*

[19] Derrière la rhétorique entourant la norme de contrôle se trouve la question de la déférence : la cour de révision doit-elle faire preuve de déférence à l'égard de la décision du tribunal inférieur?

[20] Les cours de révision font généralement preuve d'une grande déférence à l'égard des décisions des tribunaux constitués en vertu des lois sur les droits de la personne. Il appartient au tribunal d'apprécier la preuve, d'établir les faits et de tirer des inférences raisonnables des faits. Et il appartient au tribunal d'interpréter la loi d'une manière sensée sur le plan pratique et juridique dans l'affaire dont il est saisi, en se fondant sur la jurisprudence applicable. Les cours de révision agissent avec précaution dans ces domaines.

[21] S'appuyant sur des décisions dont il admet le caractère « marginal », l'appelant prétend que la norme de la décision correcte, qui appelle peu de déférence, s'applique parce que des questions de droit se posent quant à savoir si la présence de stéréotypes est nécessaire pour démontrer l'existence d'une discrimination *prima facie*, et à l'égard du moment où il devient « impossible » de modifier une politique en milieu de travail. Comme il appert de l'analyse qui suit, il s'agit essentiellement de questions d'application du droit établi aux faits.

[22] Bref, la présente affaire concerne l'application de principes établis en matière de discrimination fondée sur une déficience en milieu de travail à une situation factuelle particulière. La nature de la déficience en cause — en l'espèce, la dépendance — ne modifie pas les principes juridiques à appliquer. Les débats dans le cas présent ne portent pas sur le droit, mais sur les faits et les inférences qui doivent en être tirées. Ces questions relevaient du Tribunal et elles commandent la déférence. Il s'agit seulement de savoir si la décision du Tribunal était raisonnable.

B. *Was the Tribunal Unreasonable in Finding That Prima Facie Discrimination Was Not Established?*

[23] To make a claim for discrimination under the Act, the employee must establish a *prima facie* case of discrimination. If this is established, the onus then shifts to the employer to show that it accommodated the employee to the point of undue hardship.

[24] To make a case of *prima facie* discrimination, “complainants are required to show that they have a characteristic protected from discrimination under the [*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210]; that they experienced an adverse impact with respect to the service; and that the protected characteristic was a factor in the adverse impact”: *Moore*, at para. 33. Discrimination can take many forms, including “‘indirect’ discrimination”, where otherwise neutral policies may have an adverse effect on certain groups: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789, at para. 32. Discriminatory intent on behalf of an employer is not required to demonstrate *prima facie* discrimination: *Bombardier*, at para. 40.

[25] It is conceded that the first two elements of a *prima facie* case of discrimination are established in this case. The only dispute is on the third requirement — whether Mr. Stewart’s addiction was a factor in his termination.

[26] The Tribunal cited the proper legal test and noted, at para. 117, that it was “not necessary that discriminatory considerations be the sole reason for the impugned actions in order for there to be a contravention of the Act”. After a detailed review of the evidence, it concluded that Mr. Stewart’s addiction was not a factor in his termination for two related reasons. In the Tribunal’s view, Mr. Stewart was fired not because he was addicted, but because he had failed to comply with the terms of the Policy, and for no other reason. The Tribunal also concluded

B. *Le Tribunal a-t-il agi de manière déraisonnable en concluant que la discrimination prima facie n’avait pas été établie?*

[23] Pour fonder une allégation de discrimination au sens de la Loi, l’employé doit établir qu’il y a discrimination *prima facie*. Si cette démonstration est faite, il incombe alors à l’employeur de prouver qu’il a composé avec l’employé tant qu’il n’en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive.

[24] Pour établir l’existence d’une discrimination *prima facie*, « les plaignants doivent démontrer qu’ils possèdent une caractéristique protégée par le [*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210] contre la discrimination, qu’ils ont subi un effet préjudiciable relativement au service concerné et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l’effet préjudiciable » : *Moore*, par. 33. La discrimination peut revêtir de nombreuses formes, notamment la « discrimination “indirecte” » lorsque des politiques par ailleurs neutres peuvent léser certains groupes : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 32. La preuve de l’intention discriminatoire de l’employeur n’est pas requise pour démontrer l’existence d’une discrimination *prima facie* : *Bombardier*, par. 40.

[25] Il est admis que les deux premiers éléments d’une preuve *prima facie* de discrimination sont établis en l’espèce. Le seul point en litige concerne le troisième élément, soit celui de savoir si la dépendance de M. Stewart a constitué un facteur de son congédiement.

[26] Le Tribunal a cité le bon critère juridique et a fait remarquer au par. 117 de ses motifs qu’il [TRADUCTION] « n’était pas nécessaire que les actes reprochés soient uniquement motivés par les considérations discriminatoires pour qu’il y ait contravention de la Loi ». Après un examen détaillé de la preuve, le Tribunal a conclu que la dépendance de M. Stewart n’avait pas constitué un facteur de son congédiement pour deux raisons connexes. Selon le Tribunal, M. Stewart a été congédié non pas parce qu’il souffrait d’une dépendance, mais parce



that Mr. Stewart was not adversely impacted by the Policy because he had the capacity to comply with its terms.

[27] The only question for a reviewing court is whether this conclusion is unreasonable. Deference requires respectful attention to the Tribunal's reasoning process. A reviewing court must ensure that it does not only pay "lip service" to deferential review while substituting its own views: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 48. If the decision is within a "range of possible, acceptable outcomes" which are defensible in respect of the evidence and the law, it is reasonable: *Dunsmuir*, at para. 47; see also *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 16.

[28] I am satisfied that the Tribunal's conclusion that addiction was not a factor in the termination of Mr. Stewart's employment is reasonable.

[29] The most important piece of evidence on whether Mr. Stewart's addiction was a factor in Elk Valley's reasons for the termination of his employment is the termination letter. The first three paragraphs deal with the reason for termination:

Dear Ian:

**Re: Termination of Employment**

On October 18, 2005, you tested positive for cocaine after being involved in an accident. A further investigation with you revealed that you use drugs extensively.

On July 25<sup>th</sup>, 2005, you signed an acknowledgement that your employment required you to comply with the Company's Drug and Alcohol policy. It is fundamental to safety at the minesite that employees comply with the Drug and Alcohol Policy and disclose their dependency

qu'il n'avait pas respecté la Politique et pour nulle autre raison. Le Tribunal a également conclu que M. Stewart n'avait pas été lésé par la Politique car il avait la capacité d'en respecter les modalités.

[27] La seule question que la cour de révision doit se poser est de savoir si cette conclusion est déraisonnable. La déférence suppose une attention respectueuse au raisonnement du Tribunal. La cour de révision doit veiller à ne pas se contenter de mentionner le contrôle empreint de déférence tout en imposant ses propres vues : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 48. Si la décision appartient aux « issues possibles acceptables » pouvant se justifier au regard de la preuve et du droit, elle est raisonnable : *Dunsmuir*, par. 47; voir aussi *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 16.

[28] Je suis convaincue que la conclusion du Tribunal selon laquelle la dépendance n'a pas constitué un facteur du congédiement de M. Stewart est raisonnable.

[29] La lettre de congédiement est l'élément de preuve le plus important sur la question de savoir si la dépendance de M. Stewart a été un facteur des raisons pour lesquelles Elk Valley l'a congédié. Les trois premiers paragraphes portent sur le motif de congédiement :

[TRADUCTION]

Cher Ian,

**Objet : Congédiement**

Le 18 octobre 2005, vous avez obtenu un résultat positif à un test de dépistage de cocaïne après avoir été impliqué dans un accident. Un examen plus à fond de la question avec vous a révélé que vous consommez beaucoup de drogue.

Le 25 juillet 2005, vous avez signé un document dans lequel vous reconnaissiez que votre emploi vous obligeait à respecter la politique de l'entreprise en matière de consommation de drogue et d'alcool. Il est essentiel, pour assurer la sécurité dans la mine, que les employés

on drugs or alcohol before breaching the Policy and placing their lives, and the lives of their co-workers at risk. The policy states that in responding to a violation of the policy the Company will place primary importance upon deterring similar behavior by other employees and will terminate the employee unless termination would be unjust in all of the circumstances.

After consideration of all of the circumstances we have concluded that your employment should be terminated. The termination is effective November 3<sup>rd</sup>, 2005. [Emphasis in original.]

(A.R., vol. III, at p. 48)

[30] The first paragraph of the letter refers to Mr. Stewart's drug test and use of drugs. The second paragraph cites and explains the Policy. The third informs Mr. Stewart of his termination.

[31] The Tribunal construed the letter as emphasizing the Policy as the factor leading to Mr. Stewart's termination, despite his argument that the wording of the letter establishes that addiction was a factor in termination:

I . . . note the submission of [Mr. Bish's] counsel regarding the wording in the termination letter. However, the contextual emphasis in the letter overall is on the violation of the Policy. [para. 123]

[32] The Tribunal found, based on the evidence before it, that Mr. Stewart was terminated "due to the failure of Mr. Stewart to stop using drugs and failing to disclose his use prior to the accident" (para. 120). It accepted that people with addictions may experience denial and that the distinction between termination due to disability and termination due to the failure to follow a policy may appear "superficial" given that the failure to follow a policy may be a symptom of an addiction or disability (para. 122). However, in the circumstances of this case, the Tribunal found that the evidence established that the Policy adversely impacted Mr. Stewart not because

se conforment à la politique en matière de consommation de drogue et d'alcool et révèlent leur dépendance à la drogue ou à l'alcool avant de contrevenir à la politique et de mettre leur vie et celle de leurs collègues en danger. La politique précise qu'en cas de violation de celle-ci, l'entreprise accorde une importance primordiale à la dissuasion de comportements similaires de la part d'autres employés et congédie l'employé à moins que le congédiement soit injuste compte tenu de l'ensemble des circonstances.

Après avoir examiné l'ensemble des circonstances, nous arrivons à la conclusion que vous devez être congédié. Le congédiement prend effet le 3 novembre 2005. [Souligné dans l'original.]

(d.a., vol. III, p. 48)

[30] Le premier paragraphe de la lettre fait état du test de dépistage de drogues et de la consommation de drogues de M. Stewart. Le deuxième paragraphe cite et explique la Politique. Le troisième informe M. Stewart de son congédiement.

[31] Le Tribunal a interprété la lettre comme mettant l'accent sur la Politique comme facteur à l'origine du congédiement de M. Stewart, en dépit de l'argument de ce dernier voulant que le libellé de la lettre établisse que la dépendance a constitué un facteur du congédiement :

[TRADUCTION] Je prends [. . .] acte de l'argument de l'avocat [de M. Bish] concernant le libellé de la lettre de congédiement, mais dans l'ensemble du contexte de la lettre, l'accent est mis sur la violation de la Politique. [par. 123]

[32] Le Tribunal a conclu, sur la foi de la preuve dont il disposait, que M. Stewart avait été congédié [TRADUCTION] « en raison de [son] omission d'arrêter de consommer de la drogue et de révéler sa consommation avant l'accident » (par. 120). Il a reconnu que les gens souffrant d'une dépendance peuvent être dans le déni et que la distinction entre le congédiement imputable à une déficience et le congédiement imputable à l'omission de respecter une politique en milieu de travail peut paraître « superficielle » étant donné que l'omission de respecter une politique peut être symptomatique d'une dépendance ou d'une déficience (par. 122). Toutefois, dans les circonstances

of denial “but rather because he chose not to stop his drug use or disclose his drug use” (para. 122).

[33] For the Tribunal, the termination letter did not establish that the addiction was a factor in Elk Valley’s decision to terminate Mr. Stewart’s employment.

[34] The Tribunal went on to consider whether the Policy itself adversely impacted Mr. Stewart because of his addiction. In that context, the Tribunal noted that “Mr. Stewart would have been fired whether or not he was an addict or a casual user” (para. 123) and that “[t]he Policy as applied to Mr. Stewart which resulted in Mr. Stewart’s termination was not applied due to his disability” (para. 125). The Tribunal concluded that Mr. Stewart had “the capacity to make choices” about his drug use (para. 126). In the Tribunal’s view, the expert evidence in this case demonstrated that Mr. Stewart’s addiction did not diminish his capacity to comply with the terms of the Policy. Accordingly, the Policy did not adversely impact Mr. Stewart.

[35] It is clear that there was evidence capable of supporting the Tribunal’s conclusion that the reason for the termination was not addiction, but breach of the Policy. On the facts of this case, the Tribunal concluded that Mr. Stewart had the capacity to comply with the terms of the Policy. It was therefore not unreasonable for the Tribunal to conclude that there was no *prima facie* discrimination in this case. Mr. Stewart makes two arguments in his attempt to overturn the Tribunal’s factual findings.

[36] First, Mr. Bish’s attempts to recast the Tribunal’s conclusion as a finding that, while breach of the Policy was the dominant cause of the termination, Mr. Stewart’s addiction was nevertheless “a factor”, and that this suffices to establish a *prima facie* case of discrimination. This was clearly not the finding of the Tribunal. The Tribunal unequivocally

de l’espèce, le Tribunal a conclu que la preuve établissait que la Politique avait lésé M. Stewart non pas en raison du déni, « mais parce qu’il a[vait] choisi de ne pas arrêter de consommer de la drogue ou de ne pas révéler sa consommation de drogue » (par. 122).

[33] D’après le Tribunal, la lettre de congédiement n’a pas établi que la dépendance constituait un facteur dans la décision d’Elk Valley de congédier M. Stewart.

[34] Le Tribunal s’est ensuite demandé si la Politique lésait elle-même M. Stewart en raison de sa dépendance. Dans ce contexte, le Tribunal a fait remarquer que [TRADUCTION] « M. Stewart aurait été congédié, qu’il ait été ou non un toxicomane ou un consommateur occasionnel » (par. 123) et que « [l]a Politique qui a été appliquée à M. Stewart et a entraîné son congédiement n’a pas été appliquée en raison de sa dépendance » (par. 125). Le Tribunal a conclu que M. Stewart avait « la capacité de faire des choix » quant à sa consommation de drogue (par. 126). Toujours selon le Tribunal, la preuve d’expert présentée en l’espèce a démontré que la dépendance de M. Stewart n’avait pas réduit sa capacité de respecter la Politique. En conséquence, celle-ci n’a pas lésé M. Stewart.

[35] Il existait manifestement des éléments de preuve susceptibles d’appuyer la conclusion du Tribunal selon laquelle le motif du congédiement n’était pas la dépendance, mais la violation de la Politique. Le Tribunal a conclu, au vu des faits de l’espèce, que M. Stewart avait la capacité de respecter la Politique. Il n’était donc pas déraisonnable pour le Tribunal de conclure à l’absence de discrimination *prima facie* en l’espèce. Monsieur Stewart avance deux arguments pour tenter de faire infirmer les conclusions de fait du Tribunal.

[36] Tout d’abord, M. Bish cherche à reformuler la conclusion du Tribunal en suggérant qu’il a jugé que, bien que la violation de la Politique ait été la principale cause du congédiement, la dépendance de M. Stewart a néanmoins constitué « un facteur » et que cela suffit à établir à première vue l’existence d’une discrimination. Il ne s’agit manifestement pas

and repeatedly stated that addiction was not a factor in the decision to terminate Mr. Stewart:

- “Mr. Stewart was adversely impacted by the Policy not because of denial through drug impairment but rather because he chose not to stop his drug use or disclose his drug use” (para. 122);
- “The Policy as applied to Mr. Stewart which resulted in Mr. Stewart’s termination was not applied due to his disability” (para. 125);
- “Given my finding that Mr. Stewart’s disability was not a factor in his termination” (para. 126).

The Tribunal could not have been clearer — “Mr. Stewart’s disability was not a factor in his termination”.

[37] Second, Mr. Bish suggests that Mr. Stewart’s addiction was a factor in his termination because denial was part of the addiction, and prevented him from disclosing his addiction prior to the accident. Breach of the Policy may have been the immediate cause of the termination, but the reason for the breach of Policy was the addiction. Therefore, he submits, the termination was due to the addiction; the addiction indirectly was “a factor” in the termination.

[38] As noted above, the Tribunal rejected this argument. While it was “sensitive to the argument that any distinction between termination due to disability, and termination due to failure to follow the Policy, may appear to be superficial given that the misconduct relied upon can be considered, in some circumstances, to be a symptom of the addiction or disability” (para. 122), it concluded that the argument did not assist Mr. Stewart because he “had the capacity to come forward and disclose his drug use”

de la conclusion du Tribunal. Le Tribunal a affirmé sans équivoque et à maintes reprises que la dépendance n’avait pas constitué un facteur dans la décision de congédier M. Stewart :

[TRADUCTION]

- « La Politique a lésé M. Stewart non pas en raison du déni résultant de l’affaiblissement des facultés par une drogue, mais parce qu’il a choisi de ne pas arrêter de consommer de la drogue ou de ne pas révéler sa consommation de drogue » (par. 122);
- « La Politique qui a été appliquée à M. Stewart et a entraîné son congédiement n’a pas été appliquée en raison de sa déficience » (par. 125);
- « Vu ma conclusion selon laquelle la déficience de M. Stewart n’a pas constitué un facteur de son congédiement » (par. 126).

Le Tribunal n’aurait pas pu être plus clair : « . . . la déficience de M. Stewart n’a pas constitué un facteur de son congédiement. . . »

[37] Ensuite, M. Bish prétend que la dépendance de M. Stewart a constitué un facteur de son congédiement parce que le déni faisait partie de sa dépendance et l’a empêché de révéler sa dépendance avant l’accident. La violation de la Politique a peut-être été la cause immédiate du congédiement, mais le motif de la violation de la Politique était la dépendance. Il soutient donc que le congédiement était imputable à la dépendance, laquelle a constitué indirectement « un facteur » du congédiement.

[38] Comme je l’ai mentionné ci-dessus, le Tribunal a rejeté cet argument. S’il s’est montré [TRADUCTION] « sensible à l’argument selon lequel la distinction entre le congédiement imputable à une déficience et le congédiement imputable à une omission de respecter la politique peut sembler superficielle vu que l’inconduite invoquée peut être considérée, dans certains cas, comme un symptôme de la dépendance ou de la déficience » (par. 122), il a conclu que l’argument n’était d’aucun secours

(para. 121) and “did make rational choices in terms of his drug use” (para. 122). While Mr. Stewart may have been in denial about his addiction, he knew he should not take drugs before working, and he had the ability to decide not to take them as well as the capacity to disclose his drug use to his employer. Denial about his addiction was thus irrelevant in this case.

[39] It cannot be assumed that Mr. Stewart’s addiction diminished his ability to comply with the terms of the Policy. In some cases, a person with an addiction may be fully capable of complying with workplace rules. In others, the addiction may effectively deprive a person of the capacity to comply, and the breach of the rule will be inextricably connected with the addiction. Many cases may exist somewhere between these two extremes. Whether a protected characteristic is a factor in the adverse impact will depend on the facts and must be assessed on a case-by-case basis. The connection between an addiction and adverse treatment cannot be assumed and must be based on evidence: *Health Employers Assn. of British Columbia v. B.C.N.U.*, 2006 BCCA 57, 54 B.C.L.R. (4th) 113, at para. 41.

[40] It was the Tribunal’s task to determine whether the reason for the termination of employment or the impact of the Policy on Mr. Stewart established a *prima facie* case of discrimination. There is ample evidence to support the Tribunal’s conclusion that there was no *prima facie* case and, therefore, no basis to overturn it.

[41] O’Ferrall J.A., dissenting, argued that a detailed view of the evidence shows that the real cause of the termination was Mr. Stewart’s addiction. At best, however, this is simply another view of the evidence and the factual inferences to be drawn from it. It does not establish that the conclusion of the Tribunal was unsupported by the evidence and unreasonable. With respect, the role of reviewing courts is to determine whether a tribunal’s decision falls within a range of acceptable outcomes, not to reassess the evidence. To make

à M. Stewart parce qu’il « était capable de se manifester et de révéler sa consommation de drogue » (par. 121) et qu’il « avait fait des choix rationnels quant à sa consommation de drogue » (par. 122). Monsieur Stewart niait peut-être sa dépendance, mais il savait qu’il ne devait pas prendre de drogue avant de travailler et pouvait décider de ne pas en prendre, en plus d’avoir la faculté de révéler sa consommation de drogue à son employeur. Le déni de sa dépendance n’était donc pas pertinent en l’espèce.

[39] On ne saurait présumer que la dépendance de M. Stewart a réduit sa capacité de respecter la Politique. Dans certains cas, la personne souffrant d’une dépendance est tout à fait en mesure de respecter les règles en milieu de travail. Dans d’autres, la dépendance prive effectivement une personne de la capacité de les respecter, et la violation de la règle est alors inextricablement liée à la dépendance. Bien des cas peuvent se situer entre ces deux extrêmes. Le point de savoir si une caractéristique protégée est ou non un facteur de l’effet préjudiciable dépend des faits et doit être évalué au cas par cas. Le lien entre une dépendance et le traitement préjudiciable ne peut être tenu pour acquis; il doit reposer sur une preuve : *Health Employers Assn. of British Columbia c. B.C.N.U.*, 2006 BCCA 57, 54 B.C.L.R. (4th) 113, par. 41.

[40] Il appartenait au Tribunal de déterminer si le motif du congédiement ou l’incidence de la Politique sur M. Stewart établissait l’existence d’une discrimination *prima facie*. Une preuve abondante appuie la conclusion du Tribunal selon laquelle il n’y avait pas de discrimination *prima facie* et rien ne permet donc de l’infirmier.

[41] Le juge O’Ferrall, dissident, a soutenu qu’un examen détaillé de la preuve montre que la véritable cause du congédiement était la dépendance de M. Stewart. Il s’agit cependant tout au plus d’une simple interprétation différente de la preuve et des inférences factuelles à en tirer. Cela n’établit pas que la conclusion du Tribunal ne s’appuyait pas sur la preuve et était déraisonnable. Soit dit en tout respect, les cours de révision ont pour fonction de décider si la décision d’un tribunal appartient aux issues acceptables, et non d’apprécier de nouveau

findings and draw inferences from the evidence is the role of the Tribunal.

[42] Where, as here, a tribunal concludes that the cause of the termination was the breach of a workplace policy or some other conduct attracting discipline, the mere existence of addiction does not establish *prima facie* discrimination. If an employee fails to comply with a workplace policy for a reason related to addiction, the employer would be unable to sanction him in any way, without potentially violating human rights legislation. Again, to take an example given by the majority of the Court of Appeal, if a nicotine-addicted employee violates a workplace policy forbidding smoking in the workplace, no sanction would be possible without discrimination regardless of whether or not that employee had the capacity to comply with the policy.

[43] It is, of course, open to a tribunal to find that an addiction was a factor in an adverse distinction, where the evidence supports such a finding. The question, at base, is whether at least one of the reasons for the adverse treatment was the employee's addiction. If the Tribunal in this case had found, on the evidence, that the employer terminated Mr. Stewart's employment, or that the Policy adversely affected him, because, either alone or among other reasons, he was addicted to drugs, *prima facie* discrimination would have been made out. However, in the Tribunal's view, the evidence did not support that conclusion. As a result, Mr. Bish did not establish a *prima facie* case of discrimination.

[44] Two other points raised by the parties, while not essential to the decision in this case, merit comment.

[45] First, I see no basis to alter the test for *prima facie* discrimination by adding a fourth requirement of a finding of stereotypical or arbitrary decision making. The goal of protecting people from arbitrary or stereotypical treatment or treatment that creates disadvantage by perpetuating prejudice is accomplished by ensuring that there is a link or connection between the protected ground and adverse

la preuve. C'est au Tribunal qu'il revient de parvenir à des conclusions et de tirer des inférences de la preuve.

[42] Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal conclut que la cause du congédiement était la violation d'une politique en milieu de travail ou toute autre conduite passible de mesures disciplinaires, la simple existence d'une dépendance n'établit pas qu'il y a discrimination *prima facie*. L'employeur ne pourrait pas, sans risquer de violer les lois sur les droits de la personne, sanctionner un employé qui ne se conforme pas à une politique en milieu de travail pour une raison liée à une dépendance. Encore une fois, pour reprendre l'exemple donné par les juges majoritaires de la Cour d'appel, dans le cas d'un employé dépendant à la nicotine qui viole une politique interdisant l'usage du tabac en milieu de travail, aucune sanction ne serait possible sans discrimination, que cet employé ait ou non la capacité de respecter la politique.

[43] Il est évidemment loisible à un tribunal de conclure qu'une dépendance a constitué un facteur de la distinction préjudiciable, lorsque la preuve appuie pareille conclusion. Il s'agit au départ de savoir si au moins une des raisons à l'origine du traitement préjudiciable était la dépendance de l'employé. Si, en l'espèce, le Tribunal avait conclu de la preuve que l'employeur avait congédié M. Stewart, ou que la Politique l'avait lésé, uniquement ou notamment parce qu'il souffrait d'une dépendance aux drogues, la discrimination *prima facie* aurait été établie. Or, selon le Tribunal, la preuve n'appuyait pas cette conclusion. Partant, M. Bish n'a pas établi à première vue l'existence d'une discrimination.

[44] Les parties ont soulevé deux autres points qui, sans être essentiels à la décision en l'espèce, méritent que l'on s'y attarde.

[45] Tout d'abord, je ne vois aucune raison de modifier le critère servant à établir s'il y a discrimination *prima facie* en y ajoutant une quatrième exigence, soit la nécessité de conclure à un processus décisionnel stéréotypé ou arbitraire. L'objectif de protéger les gens contre un traitement arbitraire ou stéréotypé ou contre un traitement qui crée un désavantage par la perpétuation d'un préjudice est

treatment. The existence of arbitrariness or stereotyping is not a stand-alone requirement for proving *prima facie* discrimination. Requiring otherwise would improperly focus on “whether a discriminatory *attitude* exists, not a discriminatory impact”, the focus of the discrimination inquiry: *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at para. 327 (emphasis in original). The Tribunal expressly noted that proof of arbitrariness and stereotyping was not required, at para. 117.

[46] Second, I see no need to alter the settled view that the protected ground or characteristic need only be “a factor” in the decision. It was suggested in argument that adjectives should be added: the ground should be a “significant” factor, or a “material” factor. Little is gained by adding adjectives to the requirement that the impugned ground be “a factor” in the adverse treatment. In each case, the tribunal must decide on the factor or factors that played a role in the adverse treatment. This is a matter of fact. If a protected ground contributed to the adverse treatment, then it must be material.

## V. Conclusion

[47] The Tribunal’s decision that *prima facie* discrimination was not established was reasonable. It is therefore unnecessary to consider whether Mr. Stewart was reasonably accommodated. I would affirm the decision and dismiss the appeal, with costs to Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations.

The following are the reasons delivered by

MOLDAVER AND WAGNER JJ. —

### I. Overview

[48] We are of the view that the appeal should be dismissed. While we concur with the Chief Justice

atteint par l’exigence qu’il y ait un lien entre le motif protégé et le traitement préjudiciable. L’existence d’un traitement arbitraire ou stéréotypé n’est pas une exigence distincte à laquelle il faut satisfaire pour établir la discrimination *prima facie*. En exigeant autre chose, on s’attache à tort à « la question de savoir s’il existe une *attitude*, plutôt qu’un effet, discriminatoire », ce dernier étant le point de mire de l’analyse sur la discrimination : *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 327 (en italique dans l’original). Le Tribunal a expressément souligné au par. 117 qu’il n’était pas nécessaire de faire la preuve d’un traitement arbitraire et stéréotypé.

[46] Ensuite, je ne vois pas la nécessité de réviser la position établie selon laquelle le motif ou la caractéristique protégé n’a qu’à constituer « un facteur » de la décision. On a soutenu à l’audience qu’il faudrait ajouter des adjectifs : le motif devrait être un facteur « important » ou « déterminant ». Il est peu utile d’ajouter des adjectifs à l’exigence voulant que le motif contesté ait constitué « un facteur » du traitement préjudiciable. Dans chaque cas, le tribunal doit décider du ou des facteurs ayant joué un rôle dans le traitement préjudiciable. Il s’agit d’une question de fait. Si un motif protégé a contribué au traitement préjudiciable, alors il est déterminant.

## V. Conclusion

[47] La décision du Tribunal voulant que la discrimination *prima facie* n’ait pas été démontrée était raisonnable. Il n’est donc pas nécessaire de se demander si M. Stewart a bénéficié d’un accommodement raisonnable. Je suis d’avis de confirmer la décision et de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur d’Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES MOLDAVER ET WAGNER —

### I. Aperçu

[48] Nous sommes d’avis qu’il y a lieu de rejeter le pourvoi. Bien que nous soyons d’accord avec la

in the result, we agree with Gascon J. that the test for *prima facie* discrimination was met in this case. The conclusion of the Alberta Human Rights Commission (“Tribunal”) that Mr. Stewart’s drug dependency was not a “factor” in his termination was unreasonable. Where we part company with Gascon J. is with respect to reasonable accommodation. In our view, the Tribunal reasonably held that the employer met its obligation to accommodate Mr. Stewart to the point of undue hardship. Therefore, we accept the Tribunal’s conclusion that Mr. Stewart’s employer did not discriminate against him on the ground of his drug dependency.

## II. Analysis

### A. *Prima Facie Discrimination*

[49] The Tribunal found that Mr. Stewart had a drug dependency that was “characterized by impaired control over the use of a psychoactive substance and/or behaviour” (Tribunal reasons, 2012 AHRC 7, at para. 109 (CanLII)). We accept the Tribunal’s finding that Mr. Stewart was not wholly incapacitated by his addiction and maintained some residual control over his drug use. But we fail to see how the Tribunal could reasonably conclude that because Mr. Stewart had a limited ability to make choices about his drug use, there was no connection between his dependency on cocaine and his termination on the basis of testing positive for cocaine after being involved in a workplace accident.

[50] To prove *prima facie* discrimination, Mr. Stewart is not required to show that his termination was caused solely or even primarily by his drug dependency. Rather, Mr. Stewart must only show that there is a “connection” between the protected ground — his drug dependency — and the adverse effect: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789, at para. 52. We agree

Juge en chef sur le résultat, nous convenons avec le juge Gascon que le critère de la discrimination *prima facie* a été satisfait en l’espèce. La conclusion de l’Alberta Human Rights Commission (« Tribunal ») selon laquelle la dépendance de M. Stewart aux drogues n’a pas constitué un « facteur » de son licenciement était déraisonnable. Notre désaccord avec le juge Gascon porte sur l’accommodement raisonnable. À notre avis, le Tribunal a raisonnablement jugé que l’employeur s’était acquitté de son obligation de composer avec M. Stewart tant qu’il n’en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive. En conséquence, nous retenons la conclusion du Tribunal selon laquelle l’employeur de M. Stewart n’a pas fait preuve de discrimination envers lui en raison de sa dépendance aux drogues.

## II. Analyse

### A. *Discrimination prima facie*

[49] Selon le Tribunal, M. Stewart souffrait d’une dépendance aux drogues [TRADUCTION] « caractérisée par un manque de contrôle sur le recours à des substances psychoactives et sur le comportement » (motifs du Tribunal, 2012 AHRC 7, par. 109 (CanLII)). Nous acceptons la conclusion du Tribunal que la dépendance de M. Stewart ne l’avait pas rendu entièrement invalide et qu’il exerçait un certain contrôle résiduel sur sa consommation de drogue. Cependant, nous ne voyons pas en quoi le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que, comme M. Stewart avait une capacité limitée de faire des choix quant à sa consommation de drogue, il n’existait aucun lien entre sa dépendance à la cocaïne et son congédiement imputable au fait qu’il ait obtenu un résultat positif à un test de dépistage de cocaïne après avoir été impliqué dans un accident de travail.

[50] Pour établir qu’il y a discrimination *prima facie*, M. Stewart n’est pas tenu de démontrer que son congédiement est uniquement attribuable ni même principalement attribuable à sa dépendance aux drogues. En fait, il doit uniquement prouver l’existence d’un « lien » entre le motif protégé — sa dépendance aux drogues — et l’effet préjudiciable : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*,



with Gascon J. that Mr. Stewart’s exercise of some control over his drug use merely reduced the *extent* to which his dependency contributed to his termination — it did not eliminate it as a “factor” in his termination (para. 120). Mr. Stewart’s impaired control over his cocaine use was obviously connected to his termination for testing positive for cocaine after being involved in a workplace accident. In our view, the Tribunal unreasonably focused on Mr. Stewart’s limited capacity to control his choices and behaviour regarding his use of drugs and failed to consider the connection between his drug dependency and his employer’s decision to fire him.

#### B. *Reasonable Accommodation*

[51] On the issue of reasonable accommodation, however, we respectfully disagree with Gascon J. In our view, it was reasonable for the Tribunal to conclude that Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations, reasonably accommodated Mr. Stewart.

[52] The question before the Tribunal was whether the employer demonstrated that the *prima facie* discriminatory standard was in fact reasonably necessary, i.e., that it was not possible to accommodate the individual employee “without imposing undue hardship” on the employer: *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, at para. 54.

[53] The Tribunal found that Mr. Stewart’s immediate termination was reasonably necessary. Elk Valley had imposed the Alcohol, Illegal Drugs & Medications Policy (“Policy”), stating that if an employee was involved in a workplace incident and subsequently tested positive for drugs, the employee would be terminated. This “no free accident” rule was meant to deter employees from using drugs in a way that could adversely affect their work performance. As indicated, Mr. Stewart tested positive for cocaine after being involved in a workplace incident

2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 52. Nous convenons avec le juge Gascon que l’exercice, par M. Stewart, d’un certain contrôle sur sa consommation de drogue n’a fait que diminuer la *mesure* dans laquelle sa dépendance a contribué à son congédiement; cela ne l’a pas exclue en tant que « facteur » de son congédiement (par. 120). Il y avait manifestement un lien entre le manque de contrôle de M. Stewart sur sa consommation de cocaïne et le fait qu’il a été congédié parce qu’il a obtenu un résultat positif à un test de dépistage de cocaïne après avoir été impliqué dans un accident de travail. À notre avis, le Tribunal a insisté déraisonnablement sur la capacité restreinte de M. Stewart de maîtriser ses choix et son comportement pour ce qui est de sa consommation de drogue et n’a pas tenu compte du lien entre sa dépendance aux drogues et la décision de son employeur de le congédier.

#### B. *Accommodement raisonnable*

[51] Toutefois, nous ne partageons pas l’avis du juge Gascon sur la question de l’accommodement raisonnable. Selon nous, il était raisonnable pour le Tribunal de conclure qu’Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations, avait raisonnablement composé avec M. Stewart.

[52] Le Tribunal devait décider si l’employeur avait démontré que la norme discriminatoire à première vue était en fait raisonnablement nécessaire, c.-à-d. qu’il était impossible de composer avec l’employé concerné « sans que l’employeur subisse une contrainte excessive » : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 54.

[53] D’après le Tribunal, le congédiement immédiat de M. Stewart était raisonnablement nécessaire. Elk Valley avait imposé une politique sur la consommation d’alcool, de drogues illégales et de médicaments (« Politique ») prévoyant le congédiement d’un employé impliqué dans un accident de travail qui obtient par la suite un résultat positif à un test de dépistage de drogues. Cette règle [TRANSDUCTION] « pas d’accident sans conséquences » avait pour objet de dissuader les employés de consommer de la drogue d’une manière susceptible

and was therefore subject to termination under the Policy. The Tribunal reasoned that if Elk Valley had to offer the opportunity for individual assessment to Mr. Stewart or replace the immediate effect of termination of employment with less serious consequences (such as a suspension), the deterrent effect of the Policy would be significantly lessened. Given Elk Valley's safety objectives and responsibilities at the coal mine, the Tribunal found that this reduction in the Policy's ability to deter other employees from using drugs constituted undue hardship.

[54] A reviewing court must be careful not to substitute its view on reasonable accommodation for that of a tribunal. Rather, it must determine whether a tribunal's decision falls "within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law": *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47.

[55] In our view, it was reasonable for the Tribunal to conclude that Mr. Stewart's immediate termination was reasonably necessary, so that the deterrent effect of the Policy was not significantly reduced. Elk Valley's coal mining operation was a "safety-sensitive environment" (Tribunal reasons, at para. 75). In such a workplace, it was crucial to deter employees from using drugs in a manner that could negatively affect their work performance and potentially lead to devastating consequences. Workplace safety is a relevant consideration when assessing whether the employer has accommodated the employee to the point of undue hardship: *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 520-21. Subjecting Mr. Stewart to an individual assessment or imposing an unpaid suspension for a limited period as a disciplinary measure instead of imposing the serious and immediate consequence of termination would undermine the Policy's deterrent effect. This, in turn, would compromise the employer's valid objective to prevent employees from using drugs

de nuire à leur rendement. Comme nous l'avons vu, M. Stewart a obtenu un résultat positif à un test de dépistage de cocaïne après avoir été impliqué dans un accident de travail et il devait donc être congédié selon la Politique. Le Tribunal a estimé que, si Elk Valley devait offrir à M. Stewart la possibilité de subir une évaluation individuelle ou remplacer l'effet immédiat d'une cessation d'emploi par des sanctions moins graves (comme une suspension), l'effet dissuasif de la Politique s'en trouverait considérablement amoindri. Étant donné les objectifs et responsabilités d'Elk Valley au chapitre de la sécurité à la mine de charbon, le Tribunal a conclu que le fait de réduire ainsi le pouvoir de la Politique de dissuader d'autres employés de consommer de la drogue constituait une contrainte excessive.

[54] Une cour de révision doit se garder de substituer son avis sur l'accommodement raisonnable à celui d'un tribunal. Elle doit plutôt décider si la décision d'un tribunal « appart[ient] [. . .] aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47.

[55] À notre avis, le Tribunal a raisonnablement conclu que le congédiement immédiat de M. Stewart était raisonnablement nécessaire, de telle sorte que l'effet dissuasif de la Politique ne soit pas considérablement amoindri. La mine de charbon exploitée par Elk Valley était un [TRADUCTION] « milieu à risque » (motifs du Tribunal, par. 75). Dans pareil milieu de travail, il était impératif de dissuader les employés de consommer de la drogue d'une manière susceptible de nuire à leur rendement et d'avoir des conséquences dévastatrices. La sécurité au travail est une considération pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si l'employeur a composé avec l'employé tant qu'il n'en résultait pas pour lui une contrainte excessive : *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, p. 520-521. Soumettre M. Stewart à une évaluation individuelle ou lui imposer une suspension sans solde pour une durée limitée en guise de mesure disciplinaire au lieu de le congédier, une mesure grave et immédiate, saperait l'effet dissuasif de la Politique et, du même coup, compromettrait

in a way that could give rise to serious harm in its safety-sensitive workplace. Therefore, the Tribunal reasonably concluded that incorporating these aspects of individual accommodation within the “no free accident” standard would result in undue hardship: see *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868, at para. 42.

[56] The employee is not entitled to perfect accommodation, but rather to accommodation that is *reasonable* in the circumstances: *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at pp. 994-95. Although Mr. Stewart was immediately terminated, he was offered the opportunity to apply for employment after six months, provided that he completed a rehabilitation program at a recognized facility. The employer agreed to pay 50 percent of the cost of the program on certain conditions being met. There was also evidence that there would have been vacant positions available had Mr. Stewart applied for employment after completing the program.

[57] We are therefore of the view that it was reasonable for the Tribunal to find that Mr. Stewart was not discriminated against by his employer on the ground of his drug dependency. We would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

GASCON J. (dissenting) —

### I. Overview

[58] Drug dependence is a protected ground of discrimination in human rights law. Its status as such is settled, and none of the parties dispute this. Still, stigmas surrounding drug dependence — like the belief that individuals suffering from it are the authors of their own misfortune or that their concerns are less credible than those of people suffering from other forms of disability — sometimes impair

l’objectif valable de l’employeur d’empêcher les employés de consommer de la drogue d’une manière qui risque de causer de graves dommages dans son milieu de travail à risque. Le Tribunal a donc raisonnablement conclu que faire en sorte que ces aspects de l’accommodement individuel respectent la règle « pas d’accident sans conséquences » entraînerait une contrainte excessive : voir *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, par. 42.

[56] L’employé a droit non pas à un accommodement parfait, mais à un accommodement *raisonnable* dans les circonstances : *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, p. 994-995. Bien que M. Stewart ait été congédié sur-le-champ, on lui a offert la possibilité de postuler un emploi après six mois, pourvu qu’il ait complété un programme de réadaptation auprès d’une institution reconnue. L’employeur a consenti à payer la moitié du coût du programme à certaines conditions. La preuve indique également qu’il y aurait eu des postes vacants disponibles si M. Stewart avait postulé un emploi après avoir complété le programme.

[57] En conséquence, nous sommes d’opinion qu’il était raisonnable pour le Tribunal de conclure que M. Stewart n’avait pas été victime de discrimination de la part de son employeur en raison de sa dépendance aux drogues. Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GASCON (dissident) —

### I. Aperçu

[58] La dépendance aux drogues constitue un motif de discrimination illicite en matière de droits de la personne. Cela est bien établi, et aucune des parties ne le conteste. Pourtant, les préjugés qui concernent la dépendance aux drogues — comme la croyance que les personnes qui en souffrent sont les artisans de leur propre malheur ou que leurs préoccupations sont moins crédibles que celles des personnes souffrant

the ability of courts and society to objectively assess the merits of their discrimination claims. These stigmas contribute to the “uneasy fit of drug addiction and drug testing policies in the human rights arena” noted by the Alberta Human Rights Commission (“Tribunal”) below (Tribunal reasons, 2012 AHRC 7, at para. 153 (CanLII)).

[59] Yet, as drug-dependent persons represent one of the marginalized communities that could easily be caught in a majoritarian blind spot in the discrimination discourse, they of course require equal protection from the harmful effects of discrimination. In my view, improper considerations relied on by the Tribunal here — such as drug-dependent persons having some control over their choices and being treated “equally” to non-drug-dependent persons under drug policies, and drug policies not necessarily being arbitrary or stereotypical — effectively excluded Mr. Stewart, a drug-dependent person, from the scope of human rights protections.

[60] I have read the majority reasons of the Chief Justice and I partially rely on her summary of the facts and decisions below. I respectfully find, however, that further context relevant to the proper resolution of this appeal should be added to that summary. I also disagree with her disposition of the *prima facie* discrimination issue before us. A drug policy that, in application, automatically terminates employees who use drugs *prima facie* discriminates against individuals burdened by drug dependence. The legal threshold for *prima facie* discrimination is whether a protected ground of the complainant is “a factor” in the harm they suffer. Here, drug dependence (Mr. Stewart’s protected ground) was “a factor” in his drug use (the basis for his termination). In consequence, the Alcohol, Illegal Drugs & Medications Policy (“Policy”) of the Respondent, Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations, under

d’autres formes de déficience — empêchent parfois les tribunaux et la société d’apprécier objectivement le bien-fondé de leurs allégations de discrimination. Ces préjugés contribuent à [TRADUCTION] « l’intégration non harmonieuse des politiques en matière de dépendance aux drogues et de dépistage des drogues dans l’arène des droits de la personne » dont l’Alberta Human Rights Commission (« Tribunal ») a fait état dans sa décision (motifs du Tribunal, 2012 AHRC 7, par. 153 (CanLII)).

[59] Cependant, comme les personnes dépendantes aux drogues représentent une des communautés marginalisées qui peuvent facilement se retrouver dans l’angle mort de la majorité dans le débat sur la discrimination, elles ont évidemment droit à une protection égale contre les effets préjudiciables de la discrimination. À mon avis, les considérations non pertinentes sur lesquelles s’est appuyé le Tribunal en l’espèce — comme le fait que les personnes dépendantes aux drogues exercent un certain contrôle sur leurs choix et sont traitées [TRADUCTION] « de la même façon » que les personnes non dépendantes aux drogues selon les politiques en matière de drogues, et que ces politiques ne sont pas nécessairement arbitraires ou fondées sur des stéréotypes — ont eu pour effet d’exclure M. Stewart, une personne dépendante aux drogues, de la portée des protections en matière de droits de la personne.

[60] J’ai pris connaissance des motifs majoritaires de la Juge en chef et je m’appuie en partie sur son résumé des faits et des décisions des juridictions inférieures. J’estime toutefois, avec égards, que d’autres points ayant trait au règlement adéquat du présent pourvoi devraient être ajoutés à ce résumé. Je ne suis pas non plus d’accord avec la façon dont elle tranche la question de la discrimination *prima facie* dont nous sommes saisis. Une politique en matière de drogues dont l’application a pour effet de congédier automatiquement les employés qui consomment de la drogue exerce une discrimination *prima facie* envers les personnes que la dépendance aux drogues accable. Le critère juridique applicable en matière de discrimination *prima facie* consiste à se demander si le motif protégé du plaignant constitue « un facteur » dans le préjudice qu’il subit. En l’espèce, la dépendance aux drogues de M. Stewart (son motif protégé)

which Mr. Stewart was terminated for using drugs, is *prima facie* discriminatory. In my view, the Tribunal’s analysis misunderstood the legal principles informing discrimination law, was unsupported by its factual findings, and was therefore unreasonable.

[61] I have also read the concurring reasons of Justices Moldaver and Wagner and share their view that the drug policy in this case *prima facie* discriminated against Mr. Stewart. However, I disagree with their disposition of the justification issue. A policy that “accommodates” employees through mechanisms which are either inaccessible by the employee due to their disability or only applicable to the employee post-termination cannot justify *prima facie* discrimination. Before his termination, Mr. Stewart was purportedly accommodated by the offer of lenient treatment if he voluntarily disclosed his drug dependence. But that accommodation was inaccessible by him because he, as the Tribunal found, appeared to have been unaware of his dependence, a symptom of his disability. After his termination, Mr. Stewart was allegedly accommodated by being given the prospect of reapplying for his position. But, again, accommodation assists employees in their sustained employment, not former employees who may, or may not, successfully reapply for the position they lost as a result of a *prima facie* discriminatory termination. Since none of Elk Valley’s efforts at accommodation provided Mr. Stewart with accessible accommodation during his employment, and since those efforts failed to consider his individual circumstances in a dignified manner, Elk Valley cannot be said to have discharged its duty to accommodate him as an employee up to the point of undue hardship. I thus consider that the Tribunal’s findings to the contrary were unreasonable.

a constitué « un facteur » dans sa consommation de drogue (laquelle a constitué le fondement de son congédiement). En conséquence, la Politique sur la consommation d’alcool, de drogues illégales et de médicaments (« Politique ») de l’intimée, Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations, en application de laquelle M. Stewart a été congédié pour avoir consommé de la drogue, est discriminatoire à première vue. D’après moi, l’analyse du Tribunal — laquelle se méprenait sur les principes juridiques sous-tendant le droit en matière de discrimination et n’était pas étayée par ses conclusions de fait — était par le fait même déraisonnable.

[61] J’ai également pris connaissance des motifs concordants des juges Moldaver et Wagner et je partage leur opinion selon laquelle la politique sur les drogues en l’espèce était discriminatoire à première vue envers M. Stewart. Je suis toutefois en désaccord avec la manière dont ils tranchent la question de la justification. Une politique qui « accommode » l’employé au moyen de mécanismes dont il ne peut se prévaloir en raison de sa déficience ou qui s’appliquent à l’employé uniquement après son congédiement ne saurait justifier l’existence d’une discrimination *prima facie*. Avant son congédiement, M. Stewart aurait été accommodé par l’offre d’un traitement clément s’il divulguait volontairement sa dépendance aux drogues, mais il ne pouvait se prévaloir de cet accommodement parce que, comme le Tribunal l’a conclu, il ne semblait pas conscient de sa dépendance, un symptôme de sa déficience. Après son congédiement, M. Stewart aurait été accommodé par la possibilité de postuler de nouveau à son poste, mais, encore une fois, l’accommodement aide les employés qui ont conservé leur emploi, et non les anciens employés qui peuvent ou non postuler de nouveau avec succès au poste qu’ils ont perdu à la suite d’un congédiement discriminatoire à première vue. Étant donné qu’aucune des mesures d’accommodement d’Elk Valley n’a fourni à M. Stewart un accommodement dont il pouvait se prévaloir au cours de son emploi, et étant donné que ces mesures n’ont pas tenu compte de sa situation personnelle d’une manière digne, on ne saurait affirmer qu’Elk Valley s’est acquittée de son obligation de composer avec lui en tant qu’employé tant qu’il n’en résultait pas pour elle une contrainte excessive. Je considère donc que les conclusions contraires du Tribunal étaient déraisonnables.

[62] I fully appreciate the safety-sensitive environment at the workplace of Elk Valley, and how that environment motivates strict drug policies for employees. Nevertheless, such policies, even if well intentioned, are not immune from human rights scrutiny. In this case, such scrutiny reveals that the Tribunal's analysis of both discrimination and justification was unreasonable. Accordingly, I would have allowed the appeal.

## II. Context

[63] I have four points to add to the factual background provided by the Chief Justice.

[64] First, Mr. Stewart had a long career with Elk Valley, starting with its predecessor (Cardinal River Operations Ltd.) in 1996, and ending with his termination in 2005 — a total of nine years. During that career, he moved between various positions. He began by operating a haul truck, then a 170-ton truck, and later a 260-ton truck. He also took training and was certified as a wheel loader operator. His final position at the time of his termination was plant loader operator. As noted in the dissenting opinion of the Court of Appeal, in a unionized environment like Elk Valley, these years of experience typically confer many benefits on employees, including preferential treatment with respect to layoffs and vacation entitlements. The dissent also noted that Mr. Stewart had a “clean disciplinary record” for those nine years (C.A. reasons, 2015 ABCA 225, 19 Alta. L.R. (6th) 219, at para. 136). The Tribunal made no observations and found no facts to the contrary.

[65] Second, the initial drug policy, implemented by Cardinal River, was jointly agreed to by it and Mr. Stewart's union. But the subsequent Policy imposed by Elk Valley, was “unilaterally implemented” (Tribunal reasons, at para. 6). That is the Policy at issue in this appeal. The scope of the

[62] Je suis parfaitement conscient du milieu à risque qui existe chez Elk Valley et de la façon dont ce milieu incite à l'instauration de politiques strictes sur les drogues à l'intention des employés. Néanmoins, ces politiques, même si elles reposent sur de bonnes intentions, n'échappent pas à un examen sous l'angle des droits de la personne. En l'espèce, un tel examen révèle que l'analyse du Tribunal portant sur la discrimination et la justification était déraisonnable. Par conséquent, j'aurais accueilli le pourvoi.

## II. Contexte

[63] J'ai quatre points à ajouter au contexte factuel résumé par la Juge en chef.

[64] Premièrement, M. Stewart a eu une longue carrière chez Elk Valley, cette carrière ayant débuté chez le prédécesseur de celle-ci (Cardinal River Operations Ltd.) en 1996 et s'étant terminée par son congédiement en 2005, un total de neuf ans. Au cours de sa carrière, il a occupé divers postes. Il a d'abord conduit un camion de roulage, puis un camion de 170 tonnes et plus tard un camion de 260 tonnes. Il a également suivi une formation et obtenu une attestation d'opérateur de chargeuse sur pneus. Au moment de son congédiement, il occupait le poste d'opérateur de chargeuse. Comme l'indiquent les motifs dissidents de la Cour d'appel, dans un milieu syndiqué comme Elk Valley, ces années d'expérience procurent généralement de nombreux avantages aux employés, dont un traitement préférentiel au chapitre des mises à pied et des congés annuels. Le juge dissident a également souligné que M. Stewart avait eu un [TRADUCTION] « dossier disciplinaire vierge » pendant ces neuf années (motifs de la C.A., 2015 ABCA 225, 19 Alta. L.R. (6th) 219, par. 136). Le Tribunal n'a fait aucune observation et n'a constaté aucun fait indiquant le contraire.

[65] Deuxièmement, la politique initiale en matière de drogues, mise en œuvre par Cardinal River, avait reçu l'assentiment du syndicat de M. Stewart, mais la politique subséquente imposée par Elk Valley a été [TRADUCTION] « mise en œuvre unilatéralement » (motifs du Tribunal, par. 6). Il s'agit de

Policy's pre-incident efforts at accommodation is important. It provides that "[n]o employee with a dependency or addiction will be disciplined or involuntarily terminated . . . for voluntarily requesting rehabilitative help in overcoming the problem" (A.R., vol. III, at p. 13 (emphasis added)). Consequently, the Policy's pre-incident accommodation is restricted to employees with dependencies or addictions, and, in turn, is accessible only by employees aware of their dependencies or addictions.

[66] Third, the Chief Justice writes that employees were expected to disclose any drug dependency issues before any "drug-related incident" occurred (para. 1) and that Mr. Stewart "tested positive for drugs" (para. 2) following the incident. But there was no finding of fact by the Tribunal either that Mr. Stewart was intoxicated at the time of the incident or that the incident in any way related to his drug use. Rather, Mr. Stewart had an incident and tested positive for cocaine. Based on Elk Valley's own expert evidence, this merely meant that Mr. Stewart used drugs as early as two days before the incident. Indeed, Elk Valley's expert report relied on the factual assumption that Mr. Stewart last used cocaine over 21 hours before the incident.

[67] Finally, I note that the Policy was implemented contrary to its express terms. Textually, the Policy provides for individualized post-incident accommodation. Specifically, it provides that if an employee tests positive for drugs, then disciplinary action against that employee "will be based on all relevant circumstances", including: (1) the employee's employment record; (2) the circumstances surrounding the positive test; (3) the employee's stated pattern of usage; (4) the likelihood that the employee's work performance has been or may be adversely affected; and (5) the importance of deterring such behaviour by employees. Here, however, the Policy was implemented with no consideration

la Politique en cause dans le présent pourvoi. La portée des mesures d'accommodement préalables à un incident prévues par cette politique est importante. Elle dispose qu'[TRADUCTION]« [a]ucun employé souffrant d'une dépendance ne fera l'objet de mesures disciplinaires ou d'une cessation d'emploi forcée [. . .] pour avoir volontairement demandé de l'aide afin de résoudre le problème » (d.a., vol. III, p. 13 (je souligne)). L'accommodement préalable à un incident prévu par la Politique ne s'applique donc qu'aux employés souffrant d'une dépendance et aussi n'est-elle accessible qu'aux employés conscients de leur dépendance.

[66] Troisièmement, la Juge en chef écrit que les employés étaient censés révéler tout problème de dépendance aux drogues avant qu'un « incident lié à la drogue » ne survienne (par. 1), et que M. Stewart « a obtenu un résultat positif à un test de dépistage de drogues » (par. 2) après l'incident. Or, le Tribunal n'a tiré aucune conclusion de fait portant que M. Stewart était intoxiqué au moment de l'incident ou que l'incident était lié de quelque façon à sa consommation de drogue. Il a plutôt conclu que M. Stewart avait eu un incident et avait obtenu un résultat positif à un test de dépistage de cocaïne. Selon la propre preuve d'expert d'Elk Valley, cela signifiait tout simplement que M. Stewart avait consommé de la drogue jusqu'à deux jours avant l'incident. D'ailleurs, le rapport d'expert d'Elk Valley reposait sur l'hypothèse factuelle voulant que M. Stewart ait pris de la cocaïne pour la dernière fois plus de 21 heures avant l'incident.

[67] Enfin, je souligne que la Politique a été mise en œuvre contrairement à ses termes exprès. Textuellement, la Politique prévoit un accommodement adapté postérieur à l'incident. Elle dispose plus précisément que, si un employé obtient un résultat positif à un test de dépistage de drogues, les mesures disciplinaires prises à son endroit [TRADUCTION] « dépendront de l'ensemble des circonstances pertinentes », notamment : (1) le dossier d'emploi de l'employé; (2) les circonstances du résultat positif; (3) les habitudes de consommation déclarées de l'employé; (4) la probabilité que le rendement au travail de l'employé en ait souffert ou puisse en souffrir; (5) l'importance de la dissuasion d'un tel

of Mr. Stewart’s circumstances. He was terminated without any consideration of a medical or professional assessment of his specific circumstances. Elk Valley’s own fact witness conceded that the Policy’s intent, far from considering individual circumstances, is to impose automatic termination if ever an employee tests positive for drug use.

### III. Decisions Below

[68] I find that the Chief Justice’s discussion of the decisions below (paras. 6-17) requires additional clarification to provide the proper context to my reasons. These decisions reflect a significant amount of discord with respect to the proper approach to *prima facie* discrimination, which must be briefly discussed. In addition, the two decisions below which held that Elk Valley provided insufficient accommodation to Mr. Stewart — the decision of the Court of Queen’s Bench and the dissenting opinion of the Court of Appeal — merit further comments.

#### A. *Inconsistent Approaches to Prima Facie Discrimination*

[69] It is undisputed that the basic test for *prima facie* discrimination involves three steps, namely, (1) the complainant having a protected ground under the relevant human rights legislation (which I will call a “ground”, here drug dependence); (2) the complainant suffering disadvantage (which I will call “harm”, here Mr. Stewart’s termination); and (3) the ground being “a factor” in the complainant’s harm (which I will call “contribution”): *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789, at para. 35; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360, at para. 33.

comportement de la part des employés. En l’espèce, cependant, la Politique a été mise en œuvre sans égard à la situation de M. Stewart. Il a été congédié sans que l’on tienne compte d’une évaluation médicale ou professionnelle de sa situation particulière. Le témoin factuel d’Elk Valley a lui-même reconnu que la Politique, loin de tenir compte de la situation personnelle, prévoyait le congédiement automatique si jamais un employé obtenait un résultat positif à un test de dépistage de drogues.

### III. Décisions des juridictions inférieures

[68] J’estime que l’analyse que fait la Juge en chef des décisions des juridictions inférieures (par. 6-17) nécessite des éclaircissements supplémentaires pour situer mes motifs dans leur juste contexte. Ces décisions font ressortir d’importantes divergences sur la manière dont il convient d’aborder la discrimination *prima facie*, qui doit être traitée brièvement. De plus, des remarques supplémentaires s’imposent au sujet des deux décisions des juridictions inférieures où il a été conclu qu’Elk Valley avait fourni un accommodement insuffisant à M. Stewart : celle de la Cour du Banc de la Reine et l’opinion du juge dissident de la Cour d’appel.

#### A. *Approches contradictoires à l’égard de la discrimination prima facie*

[69] Il n’est pas contesté que le test de base applicable en matière de discrimination *prima facie* comporte trois étapes, à savoir, (1) le plaignant a un motif protégé en vertu de la loi applicable sur les droits de la personne (que j’appellerai le « motif »; en l’espèce, la dépendance aux drogues); (2) le plaignant a subi un désavantage (que j’appellerai le « préjudice »; en l’espèce, le congédiement de M. Stewart); (3) le motif a constitué « un facteur » dans le préjudice subi par le plaignant (que j’appellerai la « contribution ») : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 35; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360, par. 33.



[70] Despite this established test, the decisions below rendered by the Tribunal, the Court of Queen's Bench, and the Court of Appeal majority took different approaches to contribution. These approaches differed in three ways. First, they differed on whether direct discrimination and indirect discrimination are assessed under distinct legal frameworks (and, if so, which frameworks apply to them). Second, they differed on the scope of the "factor" test for discrimination, including whether a mere factor is sufficient or an enhanced type of factor (e.g. a "material" or "causal" factor) is required, and whether the factor test considers an employer's discriminatory intent or the discriminatory effect of the employer's actions. Third, they differed on whether an employee's choices, or an employer's arbitrary or stereotypical treatment of the employee, are legally relevant to *prima facie* discrimination.

[71] The Tribunal took one approach to contribution. It held that the threshold for contribution is merely whether the complainant's protected ground is "a factor" in their harm, nothing more (para. 115c)), though the Tribunal elsewhere suggested that a causal link is required (para. 120). The Tribunal found that Mr. Stewart did not satisfy the contribution requirement (para. 129) as he was fired for drug use (violating the Policy), not for drug addiction (his disability) (para. 120). As such, the Tribunal's implicit reasoning process was that, to satisfy the contribution requirement, Mr. Stewart's drug addiction must have been "a factor" in Elk Valley's decision to terminate him (which goes to Elk Valley's discriminatory intent), not "a factor" in what led to the termination itself (that is, the discriminatory effect of Elk Valley's actions). Similarly, the Tribunal's reasoning process relied on Mr. Stewart's imprudent choices. The Tribunal wrote that "Mr. Stewart was adversely impacted by the Policy not because of denial through drug impairment but rather because he chose not to stop his drug use" (paras. 120-22). In addition, the Tribunal reasoned that a ground contributing to harm is correlated with the complainant suffering arbitrary and stereotypical

[70] Malgré ce test bien établi, dans les décisions des juridictions inférieures, le Tribunal, la Cour du Banc de la Reine et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont adopté des approches différentes à l'égard de la contribution. Ces approches se distinguent de trois façons. Premièrement, elles se distinguent sur la question de savoir si les discriminations directe et indirecte sont appréciées selon des cadres juridiques distincts (et, dans l'affirmative, quels cadres s'appliquent à elles). Deuxièmement, elles se distinguent sur la portée du critère de discrimination relatif au « facteur », dont le point de savoir si un simple facteur suffit ou si un type de facteur amélioré (comme un facteur « important » ou un facteur « causal ») est nécessaire, et la question de savoir si le critère relatif au facteur fait entrer en ligne de compte l'intention discriminatoire de l'employeur ou l'effet discriminatoire des actes de cet employeur. Troisièmement, elles se distinguent sur la question de savoir si les choix de l'employé, ou le traitement arbitraire ou fondé sur des stéréotypes de cet employé par l'employeur, sont juridiquement pertinents quant à la discrimination *prima facie*.

[71] Le Tribunal a adopté une approche à l'égard de la contribution. Il a jugé que le critère préliminaire de contribution consiste simplement à se demander si le motif protégé du plaignant a constitué « un facteur » de son préjudice, rien de plus (par. 115c)), quoiqu'il ait laissé entendre ailleurs qu'un lien causal est nécessaire (par. 120). Le Tribunal a conclu que M. Stewart ne satisfaisait pas à l'exigence de contribution (par. 129), car il avait été congédié en raison d'une consommation de drogue (violation de la Politique), et non en raison d'une dépendance aux drogues (sa déficience) (par. 120). Ainsi, le raisonnement implicite du Tribunal est que, pour satisfaire à l'exigence de contribution, la dépendance aux drogues de M. Stewart doit avoir constitué « un facteur » dans la décision d'Elk Valley de le congédier (ce qui se rapporte à l'intention discriminatoire d'Elk Valley), mais pas dans ce qui a donné lieu au congédiement en tant que tel (c'est-à-dire l'effet discriminatoire des actes d'Elk Valley). De même, le raisonnement du Tribunal s'appuie sur les choix imprudents de M. Stewart. Il a écrit que [TRADUCTION] « [l]a Politique a eu un effet préjudiciable sur M. Stewart non pas en raison du déni

treatment (para. 126). Lastly, the Tribunal relied on formal equality principles (i.e. the view that treating everyone the same avoids discrimination, even if such “neutral” policies adversely affect a minority group). Specifically, it observed that “Mr. Stewart would have been fired whether or not he was an addict or a casual user” (para. 123).

[72] The Court of Queen’s Bench took a different approach to contribution. It dismissed the motion before it on the basis that Mr. Stewart was terminated for drug use, not for drug addiction (2013 ABQB 756, 581 A.R. 234, at para. 45). This part of its reasoning — which appears to assess discriminatory intent rather than discriminatory effect — matches part of the Tribunal’s approach. However, whereas the Tribunal identified a single test for all discrimination cases (para. 115), the Court of Queen’s Bench adopted a bifurcated approach, where “direct discrimination” cases require that an employer intend to discriminate and “indirect discrimination” cases require that an employer’s decision be rooted in arbitrary or stereotypical reasoning (paras. 38, 42 and 45). In addition, the Court of Queen’s Bench demanded that Mr. Stewart demonstrate a “causal connection” between his disability and harm (para. 45), a higher threshold than being a mere “factor” in that harm (the lower threshold apparently applied by the Tribunal for contribution).

[73] The majority of the Court of Appeal took a third approach to contribution. It held that a protected ground must be a “real factor” in the complainant’s harm to satisfy the contribution requirement (para. 63), which is different from the “factor” test referred to by the Tribunal and the “causal factor”

résultant de l’affaiblissement des facultés par une drogue, mais parce qu’il a choisi de ne pas arrêter de consommer de la drogue » (par. 120-122). Toujours selon le Tribunal, un motif ayant contribué au préjudice présente une corrélation avec le traitement arbitraire, fondé sur des stéréotypes, qu’a subi le plaignant (par. 126). Enfin, le Tribunal s’est fondé sur les principes de l’égalité formelle (c.-à-d. l’opinion voulant que le fait de traiter tout le monde de la même façon prévienne la discrimination, même si de telles politiques « neutres » ont un effet préjudiciable sur un groupe minoritaire). Plus précisément, il a fait observer que « M. Stewart aurait été congédié, qu’il ait été ou non un toxicomane ou un consommateur occasionnel » (par. 123).

[72] La Cour du Banc de la Reine a adopté une approche différente à l’égard de la contribution. Elle a rejeté la requête dont elle était saisie parce que M. Stewart avait été congédié pour avoir consommé de la drogue, et non en raison d’une dépendance aux drogues (2013 ABQB 756, 581 A.R. 234, par. 45). Cette partie de son raisonnement — où elle semble apprécier l’intention discriminatoire plutôt que l’effet discriminatoire — concorde avec une partie de l’approche du Tribunal. Toutefois, alors que le Tribunal a déterminé un critère unique pour tous les cas de discrimination (par. 115), la Cour du Banc de la Reine a adopté une approche à deux volets, où les cas de « discrimination directe » nécessitent que l’employeur ait l’intention de faire preuve de discrimination, et les cas de « discrimination indirecte » nécessitent que la décision de l’employeur soit fondée sur un raisonnement arbitraire ou stéréotypé (par. 38, 42 et 45). De plus, la Cour du Banc de la Reine a exigé que M. Stewart établisse un « lien causal » entre sa déficience et le préjudice (par. 45), un critère préliminaire plus élevé que le fait de constituer un simple « facteur » de ce préjudice (le critère préliminaire moins élevé que le Tribunal semble avoir appliqué à la contribution).

[73] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont adopté une troisième approche à l’égard de la contribution. Ils ont conclu que pour satisfaire à l’exigence de contribution, laquelle se distingue du critère du « facteur » mentionné par le Tribunal et du critère du « facteur causal » appliqué par la Cour du Banc de la

test applied by the Court of Queen’s Bench. The majority also held that the Policy did not *prima facie* discriminate because it treated all employees the same, regardless of their disability (paras. 66 and 70), thus relying, like the Tribunal, on formal equality principles. Further, the majority appeared to apply a distorted version of the bifurcated approach adopted by the Court of Queen’s Bench. The latter ruled that “direct discrimination” cases require intent whereas “indirect discrimination” cases require arbitrariness or stereotyping. In contrast, the majority explained that “direct discrimination” cases require arbitrariness or stereotyping whereas “indirect discrimination” cases require “a culture of discriminatory employment arrangements” (para. 76).

#### B. *Holdings of Insufficient Accommodation*

[74] Both the Court of Queen’s Bench and the dissenting judge at the Court of Appeal held that Elk Valley failed to reasonably accommodate Mr. Stewart. While the Chief Justice acknowledges these findings in her reasons (paras. 12 and 17), I find that a more detailed consideration of those decisions is necessary for my purposes.

[75] The Court of Queen’s Bench opined that Mr. Stewart was not “reasonably accommodated” (para. 1). It explained that Mr. Stewart could not benefit from the pre-incident accommodation offered to him because that accommodation was limited to employees who had a “dependency or addiction” (para. 61), which Mr. Stewart denied to “some degree” (para. 59), making such accommodation inaccessible by “mere drug users” like him (paras. 64-65). As the Tribunal’s holding of sufficient accommodation relied, in part, on this inaccessible pre-incident accommodation, the Court of Queen’s Bench held that, if Elk Valley did *prima facie* discriminate against Mr. Stewart, it failed to sufficiently accommodate him (para. 66).

Reine, le motif protégé doit avoir constitué un [TRADUCTION] « facteur réel » du préjudice subi par le plaignant (par. 63). Les juges majoritaires ont également conclu que la Politique n’exerçait pas une discrimination *prima facie* parce qu’elle traitait tous les employés de la même façon, indépendamment de leur déficience (par. 66 et 70), se fondant ainsi, tout comme le Tribunal, sur les principes de l’égalité formelle. Les juges majoritaires semblent en outre avoir appliqué une version déformée de l’approche à deux volets adoptée par la Cour du Banc de la Reine, qui a statué que les cas de « discrimination directe » nécessitent une intention, tandis que les cas de « discrimination indirecte » nécessitent un traitement arbitraire ou stéréotypé. Les juges majoritaires ont plutôt expliqué que les cas de « discrimination directe » nécessitent un traitement arbitraire ou stéréotypé, tandis que les cas de « discrimination indirecte » nécessitent « une culture fondée sur des ententes discriminatoires en matière d’emploi » (par. 76).

#### B. *Conclusions d’accommodement insuffisant*

[74] Tant la Cour du Banc de la Reine que le juge dissident de la Cour d’appel ont conclu qu’Elk Valley n’avait pas fourni un accommodement raisonnable à M. Stewart. Bien que la Juge en chef prenne acte de ces conclusions dans ses motifs (par. 12 et 17), j’estime qu’un examen plus détaillé de ces décisions s’impose pour les besoins des présents motifs.

[75] La Cour du Banc de la Reine s’est dite d’avis que M. Stewart n’avait pas bénéficié d’un accommodement raisonnable (par. 1). Elle a expliqué que M. Stewart ne pouvait pas bénéficier de l’accommodement préalable à un incident qui lui était offert parce que cet accommodement ne visait que les employés souffrant d’une [TRADUCTION] « dépendance » (par. 61), ce que M. Stewart niait « dans une certaine mesure » (par. 59), rendant ainsi un tel accommodement inaccessible aux « simples consommateurs de drogues » comme lui (par. 64-65). Étant donné que la conclusion d’accommodement suffisant tirée par le Tribunal reposait en partie sur cet accommodement inaccessible, la Cour du Banc de la Reine a conclu que, si Elk Valley avait bel et bien exercé une discrimination *prima facie* envers M. Stewart, elle ne lui avait pas fourni un accommodement suffisant (par. 66).

[76] O’Ferrall J.A., in dissent at the Court of Appeal, similarly ruled that Mr. Stewart was not reasonably accommodated (para. 136). He reached this conclusion for four reasons. First, he found that “any number of options, short of termination” (e.g. suspension without pay) could accomplish Elk Valley’s goal of deterrence while simultaneously accommodating Mr. Stewart and maintaining his nine years of seniority at the company (para. 136). Second, he noted that the Tribunal’s generalized approach — prioritizing deterrence in all cases — contradicted the individualized approach to reasonable accommodation adopted by this Court (para. 137). Third, he opined, like the Court of Queen’s Bench, that the Policy’s pre-incident accommodation was inaccessible by Mr. Stewart because he was unaware of his dependence (para. 138). Fourth, he held that the desire for deterrence could not override individual assessment when such assessment was not only a “procedural duty” under this Court’s jurisprudence but was also required by the Policy in this case (paras. 139-40).

#### IV. Analysis

##### A. *Standard of Review*

[77] I agree with the Chief Justice on the applicable standard of review (para. 22). This Court recently settled the test for discrimination (in *Bombardier*, which applied *Moore*) and for justification (in *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d’Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 SCC 43, [2008] 2 S.C.R. 561, which applied *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (“*Meiorin*”). As a result, the decisions below — which at least noted these settled legal principles and merely purported to apply them to the facts at issue — are reviewed on a reasonableness standard (*Bombardier*, at para. 73; *Mouvement laïque*

[76] Le juge O’Ferrall, dissident en Cour d’appel, a également décidé que M. Stewart n’avait pas bénéficié d’un accommodement raisonnable (par. 136). Il est arrivé à cette conclusion pour quatre raisons. Premièrement, il a conclu que [TRADUCTION] « de nombreuses solutions moins draconiennes que le congédiement » (comme la suspension sans solde) pouvaient atteindre l’objectif de dissuasion d’Elk Valley tout en accommodant M. Stewart et en lui permettant de conserver ses neuf années d’ancienneté au sein de l’entreprise (par. 136). Deuxièmement, il a souligné que l’approche généralisée du Tribunal — consistant à accorder la priorité à la dissuasion dans tous les cas — allait à l’encontre de l’approche individualisée adoptée par notre Cour en matière d’accommodement raisonnable (par. 137). Troisièmement, à l’instar de la Cour du Banc de la Reine, il s’est dit d’avis que M. Stewart ne pouvait se prévaloir de l’accommodement préalable à un incident prévu par la Politique car ce dernier n’était pas conscient de sa dépendance (par. 138). Quatrièmement, il a conclu que le désir de dissuasion ne pouvait l’emporter sur une évaluation individuelle lorsqu’une telle évaluation constitue non seulement une « obligation procédurale » selon la jurisprudence de notre Cour, mais est aussi exigée par la Politique en l’espèce (par. 139-140).

#### IV. Analyse

##### A. *Norme de contrôle*

[77] Je souscris à l’opinion de la Juge en chef sur la norme de contrôle applicable (par. 22). Notre Cour a récemment établi le test applicable en matière de discrimination (dans l’arrêt *Bombardier*, qui a appliqué *Moore*) et de justification (dans l’arrêt *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d’Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43, [2008] 2 R.C.S. 561, qui a appliqué *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »)). Par conséquent, les décisions des juridictions antérieures — où on a au moins fait état de ces principes juridiques établis et seulement prétendu les appliquer aux faits en litige — sont contrôlées selon la norme

*québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 50).

### B. *Prima Facie Discrimination*

[78] The Chief Justice correctly identifies the three-part test for *prima facie* discrimination: (1) ground; (2) harm; and (3) contribution (para. 24). She also rightly identifies that the third part of the *prima facie* discrimination test — contribution — is the only part in dispute (para. 25). However, in my respectful view, her analysis, like the decisions below, fails to recognize how the Tribunal applied the test unreasonably. I will explain my reasoning in three steps. First, I will outline what I consider to be the correct approach to contribution. Second, I will explain why the Chief Justice’s approach is, in my opinion, incorrect. Third, I will summarize my assessment of the unreasonable approach taken by the Tribunal, which was based on legal and conceptual errors and reached a conclusion that was unsupported by its own factual findings.

#### (1) The Correct Approach to Contribution

[79] The analysis of *prima facie* discrimination, and, in particular, contribution, is concerned with discriminatory *effect*, not discriminatory *intent* (though a proven intent to discriminate against a protected group — a presumably rare circumstance; see *Meiorin*, at para. 29 — would make it difficult for an employer to deny *prima facie* discrimination).

[80] The difference between effect and intent, analytically, is best understood from the standpoint of the relationship under consideration. If discriminatory intent were dispositive of contribution, the relevant relationship would be that between an employee’s protected ground and the corporation’s intent to harm that employee. But contribution emphasizes discriminatory effect. Indeed, for human rights legislation to protect against “indirect discrimination” — i.e. neutral rules with adverse consequences for certain

de la décision raisonnable (*Bombardier*, par. 73; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 50).

### B. *Discrimination prima facie*

[78] La Juge en chef a correctement déterminé le test à trois volets applicable en matière de discrimination *prima facie* : (1) le motif; (2) le préjudice; (3) la contribution (par. 24). Elle a également indiqué à juste titre que le troisième volet de ce test — la contribution — est le seul volet en litige (par. 25). Toutefois, à mon humble avis, son analyse, tout comme celle des juridictions inférieures, ne tient pas compte du fait que le Tribunal a appliqué le test de manière déraisonnable. J’expliquerai mon raisonnement en trois étapes. Premièrement, je décrirai ce que je considère être la bonne approche à l’égard de la contribution. Deuxièmement, j’expliquerai pourquoi l’approche de la Juge en chef me semble incorrecte. Troisièmement, je résumerai mon appréciation de l’approche déraisonnable adoptée par le Tribunal, qui, en raison d’erreurs juridiques et conceptuelles, est parvenu à une conclusion non étayée par ses propres constatations de fait.

#### (1) La bonne approche à l’égard de la contribution

[79] L’analyse de la discrimination *prima facie* et, plus particulièrement, de la contribution porte sur l’*effet* discriminatoire, et non sur l’*intention* discriminatoire (bien que, si l’on établit l’intention de commettre un acte discriminatoire à l’endroit d’un groupe protégé — une situation probablement rare; voir *Meiorin*, par. 29 — il serait difficile pour l’employeur de nier la discrimination *prima facie*).

[80] La distinction entre l’effet et l’intention, sur le plan analytique, se comprend mieux du point de vue du rapport examiné. Si l’intention discriminatoire était déterminante quant à la contribution, le rapport pertinent serait celui entre le motif protégé de l’employé et l’intention de la société de causer un préjudice à cet employé. Mais la contribution met en évidence l’effet discriminatoire. En effet, pour que les lois sur les droits de la personne offrent une protection contre la « discrimination indirecte » —

groups — intent cannot be a requirement for *prima facie* discrimination (see *Bombardier*, at paras. 32 and 40; *Meiorin*, at paras. 29 and 31). Therefore, the relevant relationship addressed by contribution is that between an employee’s ground and harm.

[81] This Court’s jurisprudence has consistently focussed on discriminatory effect — i.e. on the relationship between an employee’s ground and harm — when assessing contribution.

[82] In *Meiorin*, where a woman challenged unduly onerous aerobic capacity requirements for forest firefighters, the Court held that those requirements *prima facie* discriminated because they adversely affected women. When adjudicating *prima facie* discrimination, the Court gave no consideration to whether the government intended to discriminate against women. In fact, the aerobic capacity requirements, far from intentionally singling out women, legitimately intended to ensure that forest firefighters, regardless of sex, were sufficiently physically fit to fulfill their employment obligations.

[83] In *Moore*, where the father of a child with a severe learning disability challenged a school district’s decision to close a centre uniquely capable of educating students with such disabilities, the Court found that decision *prima facie* discriminatory because it adversely affected those students, even though the motivation behind the decision to close the centre was “exclusively financial” (para. 46) and there was no intent to discriminate against disabled students.

[84] Finally, in *Bombardier*, the Court rejected an intent approach to *prima facie* discrimination, writing that “under both Canadian law and Quebec law, the plaintiff is not required to prove that the defendant intended to discriminate against him or her” (para. 40). This is not surprising, given that many

c.-à-d. les règles neutres qui ont des conséquences négatives pour certains groupes — l’intention ne peut constituer une exigence relative à la discrimination *prima facie* (voir *Bombardier*, par. 32 et 40; *Meiorin*, par. 29 et 31). Le rapport pertinent visé par la contribution est donc celui entre le motif et le préjudice de l’employé.

[81] La jurisprudence de notre Cour s’est toujours attachée à l’effet discriminatoire — c.-à-d. au rapport entre le motif et le préjudice de l’employé — dans l’appréciation de la contribution.

[82] Dans *Meiorin*, où une femme a contesté les exigences excessives liées à la capacité aérobique auxquelles devaient se plier les pompiers forestiers, la Cour a conclu que ces exigences constituaient à première vue de la discrimination parce qu’elles lésaient les femmes. Au moment de se prononcer sur la discrimination *prima facie*, la Cour ne s’est aucunement demandé si le gouvernement avait eu l’intention de faire preuve de discrimination envers les femmes. En fait, les exigences relatives à la capacité aérobique, loin de réserver intentionnellement un traitement particulier aux femmes, visaient légitimement à s’assurer que les pompiers forestiers, quel que soit leur sexe, étaient en assez bonne condition physique pour remplir les obligations liées à leur emploi.

[83] Dans *Moore*, où le père d’un enfant atteint de troubles d’apprentissage sévères a contesté la décision d’un district scolaire de fermer un centre exceptionnellement en mesure d’enseigner aux élèves ayant de tels troubles, la Cour a jugé cette décision discriminatoire à première vue parce qu’elle lésait ces élèves, et ce, même si la raison à l’origine de la décision de fermer le centre était « exclusivement financière » (par. 46) et il n’y avait aucune intention de faire preuve de discrimination envers les élèves ayant une déficience.

[84] Enfin, dans l’arrêt *Bombardier*, la Cour a rejeté une approche axée sur l’intention en matière de discrimination *prima facie*, écrivant que « tant en droit canadien qu’en droit québécois, le demandeur n’est pas tenu de démontrer que le défendeur avait l’intention de commettre un acte discriminatoire à

forms of discrimination involve either “multiple factors” or “unconscious” considerations (para. 41), neither of which is captured by an inquiry based on intent. As the Court opined in *Bombardier*:

In a recent decision concerning the *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, the Ontario Court of Appeal found that it is preferable to use the terms commonly used by the courts in dealing with discrimination, such as “connection” and “factor”: *Peel Law Assn. v. Pieters*, 2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80, at para. 59. In that court’s opinion, the use of the modifier “causal” elevates the test beyond what is required, since human rights jurisprudence focuses on the discriminatory effects of conduct rather than on the existence of an intention to discriminate or of direct causes: para. 60. We agree with the Ontario Court of Appeal’s reasoning on this point. [Emphasis added; para. 49.]

[85] As these three leading decisions illustrate, this Court has instructed that the *prima facie* discrimination inquiry, and, in particular, the contribution criterion, addresses the relationship between the ground and the harm, not between the ground and the intent to cause harm. The Chief Justice recognizes that the analysis concerns discriminatory impacts, not discriminatory attitudes (para. 45); she further recognizes that a ground need only be “at least one of” the factors linked to the employee’s harm (para. 43), an approach also affirmed by Justices Moldaver and Wagner (para. 50). However, the Chief Justice interprets the Tribunal’s reasons as having followed this established approach. In my respectful view, it did not.

(2) The Chief Justice’s Approach to Contribution

[86] It seems to me that the Chief Justice’s reasons deviate from this established approach to contribution in three ways: (1) they fail to detect the Tribunal’s misunderstanding of the “factor” test for contribution; (2) they implicitly affirm erroneous legal principles that the Tribunal relied upon in its reasoning; and (3) they improperly import

son endroit » (par. 40). Cela n’a rien de surprenant, étant donné que bien des formes de discrimination sont « multifactoriel[les] » ou reposent sur des considérations « inconscient[es] » (par. 41), dont aucune n’est visée par une analyse axée sur l’intention. Comme la Cour l’a affirmé dans *Bombardier* :

Dans un arrêt récent portant sur le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’il était préférable d’utiliser les termes communément employés dans la jurisprudence en matière de discrimination, par exemple [TRADUCTION] « lien » et « facteur » : *Peel Law Assn. c. Pieters*, 2013 ONCA 396, 116 O.R. (3d) 80, par. 59. Selon cette dernière, l’emploi du qualificatif « causal » a pour effet de hausser les exigences de l’analyse au-delà de ce qui est nécessaire, puisque la jurisprudence en matière de droits de la personne s’attache aux effets discriminatoires des comportements plutôt qu’à l’existence d’une intention discriminatoire ou de causes directes : par. 60. Nous souscrivons au raisonnement de la Cour d’appel de l’Ontario à cet égard. [Je souligne; par. 49.]

[85] Comme l’illustrent ces trois arrêts de principe, notre Cour a indiqué que l’analyse de la discrimination *prima facie*, et plus particulièrement le critère de la contribution, porte sur le rapport entre le motif et le préjudice, et non sur celui entre le motif et l’intention de causer un préjudice. La Juge en chef reconnaît que l’analyse porte sur les effets, et non les attitudes, discriminatoires (par. 45) et qu’un motif n’a qu’à constituer « au moins un » des facteurs à l’origine du préjudice subi par l’employé (par. 43), une approche confirmée par les juges Moldaver et Wagner (par. 50). Elle considère toutefois que le Tribunal a suivi cette approche établie dans ses motifs. À mon humble avis, il ne l’a pas fait.

(2) L’approche de la Juge en chef à l’égard de la contribution

[86] Il me semble que les motifs de la Juge en chef s’écarterent de cette approche établie à l’égard de la contribution de trois façons : (1) ils ne relèvent pas la mauvaise compréhension, par le Tribunal, du critère de contribution relatif au « facteur »; (2) ils confirment implicitement des principes juridiques erronés sur lesquels s’est fondé le Tribunal dans son

justificatory considerations into the *prima facie* discrimination analysis.

[87] On the first point, the Chief Justice defers to the Tribunal’s finding that Mr. Stewart’s addiction was not a factor in his termination, which she characterizes as “essentially a question of fact” (para. 5). However, a careful reading of the Tribunal’s decision shows that it was not concerned with whether drug addiction contributed, at least in part, to Mr. Stewart’s termination (the proper inquiry, as the Chief Justice explains at para. 43). Rather, the Tribunal was concerned with whether Mr. Stewart’s addiction was (1) an irrepressible factor in his termination, i.e. a factor which was completely beyond his control (an improper approach, as I explain below, and as the Chief Justice recognizes at para. 46); and (2) a factor in Elk Valley’s decision to terminate Mr. Stewart (i.e. the intent requirement rejected by this Court’s jurisprudence, as I explained above, and about which the Chief Justice also agrees at para. 24). In light of these errors, while the Tribunal may have repeatedly found that Mr. Stewart’s addiction was not a factor in his harm, that conclusion was based on misapprehensions of principle and is therefore undeserving of deference.

[88] The Chief Justice holds that the Tribunal’s conclusion — that Mr. Stewart’s addiction was not a factor in his harm — was reasonable based on the fact that his addiction did not diminish his capacity to comply with the Policy (para. 34). On my reading, the Tribunal never held that Mr. Stewart’s addiction did not diminish (i.e. partially weaken) his capacity to comply with the Policy. Rather, the Tribunal merely held that his addiction did not negate (i.e. completely remove) his capacity to comply with the Policy. Specifically, the Tribunal’s various choice-related findings — i.e. that Mr. Stewart “was able to make choices” about drug use (para. 121); “could, and in fact did make rational choices” about

raisonnement; (3) ils introduisent à tort dans l’analyse de la discrimination *prima facie* des considérations liées à la justification.

[87] Quant au premier point, la Juge en chef s’en remet à la conclusion du Tribunal selon laquelle la dépendance de M. Stewart n’a pas constitué un facteur dans son congédiement, ce qu’elle considère comme étant « essentiellement une question de fait » (par. 5). Cependant, une lecture attentive de la décision du Tribunal révèle qu’il ne se préoccupait pas de savoir si la dépendance aux drogues avait contribué, du moins en partie, au congédiement de M. Stewart (l’analyse appropriée, comme l’explique la Juge en chef au par. 43). Le Tribunal se préoccupait plutôt de savoir si la dépendance aux drogues de M. Stewart avait constitué (1) un facteur irrépressible dans son congédiement, c.-à-d. un facteur qui échappait entièrement à sa volonté (une approche incorrecte, comme je l’explique ci-dessous et comme le reconnaît la Juge en chef au par. 46); (2) un facteur dans la décision d’Elk Valley de congédier M. Stewart (c.-à-d. l’exigence relative à l’intention rejetée par notre Cour dans sa jurisprudence, comme je l’ai expliqué ci-dessus et tel qu’en convient également la Juge en chef au par. 24). Compte tenu de ces erreurs, bien que le Tribunal ait conclu maintes fois que la dépendance de M. Stewart n’avait pas constitué un facteur dans le préjudice qu’il a subi, cette conclusion s’appuyait sur une mauvaise interprétation des principes et elle ne mérite donc pas que l’on fasse preuve de déférence à son égard.

[88] Selon la Juge en chef, la conclusion du Tribunal — selon laquelle la dépendance de M. Stewart n’a pas constitué un facteur de son préjudice — s’appuyait raisonnablement sur le fait que sa dépendance n’avait pas réduit sa capacité de respecter la Politique (par. 34). D’après moi, le Tribunal n’a jamais jugé que la dépendance de M. Stewart n’avait pas réduit (c.-à-d. affaiblit partiellement) sa capacité de respecter la Politique. Le Tribunal n’a plutôt fait que juger que sa dépendance n’avait pas neutralisé (c.-à-d. supprimé entièrement) sa capacité de respecter la Politique. Plus précisément, les conclusions du Tribunal relatives au choix — soit que M. Stewart [TRADUCTION] « était capable de faire des choix » à propos



drug use (para. 122); and “had the capacity to make choices” about drug use (para. 126) — only mean that Mr. Stewart maintained some residual control over his choice to use drugs, not that he maintained complete unimpaired control over that choice. In my view, that is the only possible interpretation of these findings when the Tribunal found that Mr. Stewart was addicted to cocaine (para. 118) and interpreted “addiction” as meaning “impaired control” over drug use (para. 109). As a result, admitting that Mr. Stewart had impaired control regarding drug use is irreconcilable with that control being in no way diminished by his addiction.

[89] Considering these findings, it seems to me that there was *prima facie* discrimination in this case. At para. 39, the Chief Justice describes a notional spectrum regarding the various degrees to which an addiction may impact an individual’s capacity to control their choices. This spectrum segments into three sections differing in respect of the degree of an addiction’s impact on an individual’s self-control: (1) no impact (a person being “fully capable of complying with workplace rules”); (2) full impact (an addiction “effectively depriv[ing] a person of the capacity to comply”); and (3) some impact (“somewhere between these two extremes”). In my opinion, if we are to truly accept that a protected ground being “a factor” in a complainant’s harm is sufficient to constitute *prima facie* discrimination, then only the ‘no impact’ portion of the spectrum would fail to qualify as *prima facie* discrimination. By including all of the “some impact” portion of the spectrum in the scope of *prima facie* discrimination, I am not assuming that Mr. Stewart’s addiction diminished his ability to comply with the terms of the Policy. I am only recognizing that addiction — meaning, impaired ability to resist using, for example, a specific drug — entails, as a matter of fact and logic, a diminished ability to resist using that drug. We must remember that in order to qualify as addiction disabled (the ground at issue here), the complainant

de la consommation de drogue (par. 121); « pouvait faire des choix rationnels et en avait effectivement fait » à ce sujet (par. 122); et « avait la capacité de faire des choix » à cet égard (par. 126) — veulent seulement dire que M. Stewart exerçait toujours un certain contrôle résiduel sur son choix de consommer de la drogue, et non qu’il conservait une maîtrise complète de ce choix. À mon avis, c’est la seule interprétation qu’il est possible de donner à ces conclusions, lorsque le Tribunal a estimé que M. Stewart souffrait d’une dépendance à la cocaïne (par. 118) et a considéré que « dépendance » signifiait « manque de contrôle » sur la consommation de drogue (par. 109). Par conséquent, admettre que M. Stewart manquait de contrôle sur sa consommation de drogue est incompatible avec l’idée que ce contrôle n’était aucunement affaibli par sa dépendance.

[89] Vu ces conclusions, je crois qu’il y a eu discrimination *prima facie* en l’espèce. Au paragraphe 39, la Juge en chef décrit un spectre théorique couvrant les différents degrés auxquels une dépendance peut nuire à la capacité d’une personne de maîtriser ses choix. Ce spectre se divise en trois sections où diffère la mesure dans laquelle la dépendance influe sur la maîtrise de soi d’une personne : (1) aucune incidence (la personne est « tout à fait en mesure de respecter les règles en milieu de travail »); (2) une incidence complète (la dépendance « prive effectivement une personne de la capacité de les respecter »); (3) une certaine incidence (« entre ces deux extrêmes »). À mon avis, si nous devons véritablement reconnaître qu’un motif protégé « à l’origine » du préjudice subi par le plaignant suffit pour constituer de la discrimination *prima facie*, seule la section « aucune incidence » du spectre n’emporterait pas discrimination *prima facie*. En considérant que toute la section « certaine incidence » du spectre relève de la discrimination *prima facie*, je ne tiens pas pour acquis que la dépendance de M. Stewart a réduit sa capacité de respecter les modalités de la Politique. Je reconnais uniquement que la dépendance — soit la capacité affaiblie de résister à l’envie de consommer, par exemple, une drogue en particulier — implique, dans les faits et logiquement, une capacité réduite de résister à l’envie de consommer cette drogue. Nous devons nous rappeler que, pour

must first prove a sufficient degree of drug craving to reach the threshold of drug dependence.

[90] On the second point, I believe that the Chief Justice’s reasons implicitly affirm erroneous legal principles that the Tribunal relied upon in its reasoning. For instance, she approvingly summarizes how the Tribunal limited its reasoning to discriminatory intent rather than effect (paras. 26 and 31-36), despite expressly recognizing that discriminatory intent is not required for *prima facie* discrimination (para. 24). She also approvingly summarizes how the Tribunal relied on “choice” reasoning (paras. 5, 26, 32, 34-35, 38-39 and 42). Lastly, she approvingly summarizes how the Tribunal relied on “formal equality” reasoning (para. 34), despite expressly recognizing the validity of indirect discrimination claims (para. 24). For my part, I would not endorse these principles that depart from the established test for *prima facie* discrimination.

[91] I rather prefer, and agree with, the Chief Justice’s description of the proper test for *prima facie* discrimination, namely, that the ground need only be “at least one of the reasons for the adverse treatment” (para. 43) or, in other words, need only be “a factor” that “contributed” to the harm (paras. 24 and 46). I consider that this lower and correct threshold was met on the record before the Tribunal.

[92] Lastly, the Chief Justice appears to suggest that *prima facie* discrimination should be narrowly construed to preserve the enforceability of drug and alcohol policies (para. 42). Her reasons reinforce this analysis with the example of nicotine-dependent employees smoking inside offices without being sanctioned by their employer, who is handcuffed by over-generous human rights

être considéré comme un toxicomane atteint d’une déficience (le motif en litige dans le cas présent), le plaignant doit d’abord établir qu’il ressent un besoin suffisamment élevé de consommer de la drogue pour atteindre le seuil de dépendance aux drogues.

[90] Quant au second point, j’estime que les motifs de la Juge en chef confirment implicitement des principes juridiques erronés sur lesquels s’est fondé le Tribunal dans son raisonnement. Par exemple, elle résume avec approbation la manière dont le Tribunal n’a fait porter son raisonnement que sur l’intention, plutôt que sur l’effet, discriminatoire (par. 26 et 31-36), même si elle reconnaît expressément que l’intention discriminatoire n’est pas requise pour prouver qu’il y a discrimination *prima facie* (par. 24). Elle résume également avec approbation le recours, par le Tribunal, à un raisonnement fondé sur le « choix » (par. 5, 26, 32, 34-35, 38-39 et 42). Enfin, elle résume avec approbation le recours, par le Tribunal, à un raisonnement fondé sur l’« égalité formelle » (par. 34), même si elle reconnaît expressément la recevabilité des allégations de discrimination indirecte (par. 24). Pour ma part, je ne souscris pas à ces principes qui s’écarterent du test établi en matière de discrimination *prima facie*.

[91] Je préfère plutôt, et fais mienne, la description que la Juge en chef donne du bon test applicable en matière de discrimination *prima facie*, à savoir que le motif n’a qu’à constituer « au moins une des raisons à l’origine du traitement préjudiciable » (par. 43). En d’autres termes, il n’a qu’à constituer « un facteur » ayant « contribué » au préjudice (par. 24 et 46). Selon moi, ce critère préliminaire fondé et moins rigoureux a été respecté au vu du dossier dont disposait le Tribunal.

[92] En dernier lieu, la Juge en chef paraît suggérer qu’il faut interpréter restrictivement la discrimination *prima facie* pour préserver le caractère exécutoire des politiques en matière de drogues et d’alcool (par. 42). Elle appuie cette analyse sur l’exemple d’employés ayant une dépendance à la nicotine qui fument dans les bureaux à l’abri de sanctions de la part de l’employeur, qui a les mains liées

legislation, thus resulting in unenforceable workplace policies (para. 42).

[93] I take issue with this approach. It imports justificatory considerations — like the importance of the workplace policy and its legitimate aims — into the *prima facie* discrimination analysis. Further, it exaggerates the implication of finding such policies *prima facie* discriminatory by claiming that they would be unenforceable (“no sanction would be possible without discrimination”: reasons of McLachlin C.J., at para. 42), when, in reality, they would simply need to be justified as relating to *bona fide* occupational requirements. It also narrows this Court’s recent jurisprudence in *Moore* and *Bombardier*; terminating an employee “for a reason related to addiction” (reasons of McLachlin C.J., at para. 42) is precisely what it means for that addiction to be “a factor” in the employee’s harm.

[94] I now turn to the Tribunal’s approach to contribution.

(3) The Tribunal’s Unreasonable Approach to Contribution

[95] I consider the Tribunal’s analysis indefensible in respect of its factual findings and the legal principles underlying *prima facie* discrimination (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47). The Chief Justice rightly observes that the Tribunal “cited the proper legal test” for *prima facie* discrimination (para. 26). But the Tribunal is not immune from review merely because it cited the proper legal test. In this case, the manner in which it improperly applied that test, and the lack of an evidentiary foundation for its findings, demonstrate that its holding on contribution was unreasonable and thus unworthy of deference.

par des lois en matière de droits de la personne trop généreuses, ce qui rendrait inapplicables les politiques en milieu de travail (par. 42).

[93] Je suis en désaccord avec cette approche. Elle introduit des considérations liées à la justification — comme l’importance de la politique sur le milieu de travail et ses objectifs légitimes — dans l’analyse de la discrimination *prima facie*. Elle exagère en outre ce que suppose le fait de juger ces politiques discriminatoires à première vue en affirmant que ces politiques seraient inapplicables (« aucune sanction ne serait possible sans discrimination » : motifs de la juge en chef McLachlin, par. 42), alors qu’en réalité, elles devraient tout simplement être justifiées comme se rapportant à des exigences professionnelles justifiées. Elle restreint également la jurisprudence établie récemment par notre Cour dans les arrêts *Moore* et *Bombardier*; congédier un employé « pour une raison liée à une dépendance » (motifs de la juge en chef McLachlin, par. 42) constitue précisément ce qu’il faut entendre par le fait, pour cette dépendance, d’avoir constitué « un facteur » du préjudice subi par l’employé.

[94] Je passe maintenant à l’approche que le Tribunal a adoptée à l’égard de la contribution.

(3) L’approche déraisonnable du Tribunal à l’égard de la contribution

[95] J’estime que l’analyse du Tribunal est indéfendable quant à ses conclusions de fait et aux principes juridiques qui sous-tendent la discrimination *prima facie* (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47). La Juge en chef fait observer à juste titre que le Tribunal « a cité le bon critère juridique » relativement à la discrimination *prima facie* (par. 26), mais le Tribunal n’est pas à l’abri d’un contrôle simplement parce qu’il a énoncé le bon critère juridique. En l’espèce, sa mauvaise application de ce critère et l’absence d’éléments de preuve à l’appui de ses conclusions démontrent que sa conclusion relative à la contribution est déraisonnable et ne mérite pas que l’on fasse preuve de déférence à son endroit.

(a) *The Tribunal's Improper Understanding of Discrimination Law Principles*

[96] In my opinion, the Tribunal applied the test for contribution in a manner that mischaracterized the proper inquiry; as a result, it unreasonably held that Mr. Stewart's addiction did not contribute to his termination. I identify four conceptual errors in the Tribunal's analysis: (1) requiring the employee to make prudent choices to avoid discrimination (paras. 120-22); (2) limiting the employee's protections to an assurance of formal equality (para. 123); (3) requiring the employee to prove that he was treated arbitrarily or stereotypically (paras. 124 and 126); and (4) requiring the employee to prove a causal relationship between his ground and harm (para. 120).

[97] A complainant's choices are irrelevant to contribution. This Court's jurisprudence does not require that complainants be prudent in avoiding discrimination; this would essentially amount to a sort of contributory fault defence in discrimination cases. For example, in *Meiorin*, the complainant was not required to prove that, even with more diligent training, it would have been impossible to achieve the required aerobic capacity for forest firefighting. Rather, the fact that the required aerobic capacity was harder for women to achieve (para. 11) was sufficient to link the ground (sex) and her harm (being laid off).

[98] The Tribunal held that Mr. Stewart was terminated "due to [his] failure . . . to stop using drugs and failing to disclose his use prior to the accident" (para. 120). But these were both symptomatic of his drug addiction, which made it more difficult for him to stop drug use, and appeared to have left him unaware of his addiction, thus removing him from the scope of the Policy's pre-incident accommodation. Claiming that Mr. Stewart's drug addiction was not "a factor" in his termination because he was fired "due to" his drug use is simply an alternate

a) *La mauvaise compréhension par le Tribunal des principes juridiques relatifs à la discrimination*

[96] À mon avis, le Tribunal a appliqué le critère de contribution en dénaturant l'analyse appropriée; par conséquent, il a déraisonnablement conclu que la dépendance de M. Stewart n'avait pas contribué à son congédiement. Je relève quatre erreurs conceptuelles dans l'analyse du Tribunal : (1) le fait d'exiger de l'employé qu'il fasse des choix prudents pour éviter la discrimination (par. 120-122); (2) le fait de limiter les protections dont jouit l'employé à l'assurance d'une égalité formelle (par. 123); (3) le fait d'exiger de l'employé qu'il prouve qu'il a été traité de façon arbitraire ou stéréotypée (par. 124 et 126); (4) le fait d'exiger de l'employé qu'il établisse un rapport de causalité entre son motif et son préjudice (par. 120).

[97] Les choix du plaignant n'ont rien à voir avec la contribution. La jurisprudence de notre Cour n'exige pas que les plaignants se montrent prudents en évitant la discrimination; cela équivaudrait essentiellement à une sorte de moyen de défense fondé sur la faute contributoire en matière de discrimination. Dans *Meiorin*, par exemple, la plaignante n'a pas eu à prouver que même en s'entraînant de manière plus assidue, il aurait été impossible d'acquérir la capacité aérobique exigée des pompiers forestiers. Au contraire, le fait que la capacité aérobique exigée soit plus difficile à acquérir pour les femmes (par. 11) était suffisant pour établir un lien entre le motif (le sexe) et le préjudice subi par la plaignante (le congédiement).

[98] Le Tribunal a conclu que M. Stewart avait été congédié [TRADUCTION] « parce qu'[il] n'avait pas [. . .] cessé de consommer de la drogue et n'avait pas révélé sa consommation avant l'accident » (par. 120). Ces omissions étaient cependant toutes deux symptomatiques de sa dépendance aux drogues; partant, il avait plus de difficulté à cesser de consommer de la drogue et il semblait ne pas être conscient de sa dépendance, ce qui l'empêchait de bénéficier de l'accommodement préalable à un incident prévu par la Politique. Prétendre que la dépendance aux drogues

phrasing for contribution requiring that a ground be a direct cause of harm (the Policy breach), rather than an indirect cause (the addiction contributing to that breach). Similarly, blaming Mr. Stewart for his failure to use the pre-incident accommodation under the Policy, when that failure appears to have been rooted in denial symptomatic of his addiction, only considers his direct failure to use the policy and not the indirect explanation for that failure. In other words, a choice-driven analysis of *prima facie* discrimination requires that a ground be a “direct” factor in the complainant’s harm rather than simply requiring that a ground be “a factor”, the established test. Indeed, asserting that Mr. Stewart’s addiction was not an “immediate” (i.e. direct) cause of his harm because he chose to use drugs reflects how this choice approach modifies the “factor” approach to an “immediate factor” analysis.

[99] A choice threshold for contribution is normatively undesirable for many reasons. For instance, such a threshold places a burden on complainants to avoid discrimination, rather than on employers not to discriminate. It is also irreconcilable with recently recognized statutory grounds that arguably implicate a complainant’s choices that are significant to their identity — such as “gender expression” (*Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5, s. 7(1)) — thus making complaints based on those grounds theoretically impossible to advance.

[100] Likewise, a choice threshold generally contradicts this Court’s rejection — albeit in the context of other sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* — of drawing superficial distinctions between protected grounds, like drug dependence or sexual orientation, and conduct inextricably linked to those grounds, like drug use or sexual activity

de M. Stewart n’a pas constitué « un facteur » de son congédiement parce qu’il a été congédié « en raison de » sa dépendance aux drogues est tout simplement une autre façon d’énoncer une contribution requérant qu’un motif soit la cause directe du préjudice (la violation de la Politique), plutôt qu’une cause indirecte (la dépendance à l’origine de cette violation). Dans le même ordre d’idées, reprocher à M. Stewart son omission de se prévaloir de l’accommodement préalable à un incident en vertu de la Politique, alors que cette omission semble prendre sa source dans un déni symptomatique de sa dépendance, ne tient compte que de son omission directe de respecter la politique, et non de l’explication indirecte de cette violation. Autrement dit, une analyse de la discrimination *prima facie* axée sur le choix exige qu’un motif soit un facteur « direct » du préjudice subi par le plaignant au lieu d’exiger simplement qu’un motif constitue « un facteur », le test établi. Ainsi, faire valoir que la dépendance de M. Stewart n’était pas une cause « immédiate » (c.-à-d. directe) de son préjudice parce qu’il a choisi de consommer de la drogue fait ressortir en quoi cette approche axée sur le choix métamorphose l’approche fondée sur le « facteur » en une approche fondée sur le « facteur immédiat ».

[99] Un critère préliminaire de contribution lié au choix n’est pas souhaitable sur le plan normatif pour de nombreuses raisons. Par exemple, un tel critère fait porter au plaignant le fardeau d’éviter la discrimination, plutôt que de faire porter à l’employeur le fardeau de ne pas exercer de discrimination. Il est également incompatible avec certains motifs légaux reconnus récemment dont on peut prétendre qu’ils font entrer en ligne de compte les choix d’un plaignant qui sont importants pour son identité — comme l’[TRADUCTION] « expression du genre » (*Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5, par. 7(1)) — ce qui rend les plaintes fondées sur ces motifs théoriquement impossibles à présenter.

[100] De même, un critère préliminaire fondé sur le choix contredit généralement le rejet par la Cour — quoique dans le contexte d’autres articles de la *Charte canadienne des droits et libertés* — de la séparation superficielle entre les motifs protégés, comme la dépendance aux drogues et l’orientation sexuelle, et la conduite inextricablement liée à ces

(*Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at paras. 121-24), a concern noted by the Tribunal here (para. 122). Further, it specifically contradicts this Court's rejection — albeit in the context of s. 7 of the *Charter* — of the view that “choice” makes drug users responsible for the harms of their drug use, rather than *Charter*-infringing laws or discriminatory employers (*Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 106).

[101] In addition, a choice threshold blames marginalized communities for their choices — whether rooted in a choice to express themselves (e.g. gender expression) or an attenuated capacity to control their choices (e.g. drug dependence) — which reinforces stigma, as the Tribunal accepted here (para. 127). This is antithetical to the remedial aims of human rights legislation and is rooted in the very stereotypes that human rights law seeks to address. As one intervenor observed, choice, in this context, “is code for moral blameworthiness”.

[102] From this standpoint, the Tribunal's emphasis on the fact that Mr. Stewart's drug dependence was not completely incapacitating was misplaced. The Tribunal found that Mr. Stewart, despite his drug dependence, was still able to “make rational choices in terms of his drug use” (para. 122) and maintained control over “when and where he used drugs” (para. 121). On the basis of this residual, albeit diminished, control, the Tribunal held that Mr. Stewart's termination flowed from his choice to use drugs, not his drug dependence (para. 122). I do not accept this reasoning. First, it has the effect of denying human rights protections to a vast majority of drug-dependent people who, despite their addiction, most likely maintain some modicum of control over things as basic as “when and where” they use drugs. Second, it substitutes the proper inquiry —

motifs, comme la consommation de drogue et les activités sexuelles (*Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 121-124), une préoccupation exprimée par le Tribunal en l'espèce (par. 122). De plus, il contredit plus particulièrement le rejet par la Cour — quoique dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte* — de l'opinion selon laquelle le « choix » rend les consommateurs de drogues responsables des préjudices découlant de leur consommation de drogue, plutôt que les lois portant atteinte à la *Charte* ou les employeurs qui commettent des actes discriminatoires (*Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 106).

[101] De plus, un critère préliminaire fondé sur le choix blâme les communautés marginalisées pour leurs choix — qu'il s'agisse d'un choix de s'exprimer (comme l'expression du genre) ou d'une capacité atténuée de maîtriser leurs choix (comme la dépendance aux drogues) — ce qui renforce la stigmatisation, comme l'a reconnu le Tribunal en l'espèce (par. 127). Cela va à l'encontre des objectifs réparateurs de la législation sur les droits de la personne et trouve sa source dans les stéréotypes mêmes que le droit relatif aux droits de la personne vise à combattre. Comme l'a fait observer un intervenant, le choix, dans ce contexte, [TRADUCTION] « est synonyme de culpabilité morale ».

[102] Dans cette optique, le Tribunal n'aurait pas dû mettre l'accent sur le fait que la dépendance aux drogues de M. Stewart n'était pas totalement invalidante. Le Tribunal a conclu qu'en dépit de sa dépendance aux drogues, M. Stewart était toujours à même de [TRADUCTION] « faire des choix rationnels quant à sa consommation de drogue » (par. 122) et continuait à exercer un contrôle sur « le moment et l'endroit où il consommait de la drogue » (par. 121). Se fondant sur ce contrôle résiduel, quoique réduit, le Tribunal a jugé que le congédiement de M. Stewart découlait de son choix de consommer de la drogue, et non de sa dépendance aux drogues (par. 122). Je ne souscris pas à ce raisonnement. Tout d'abord, il a pour effet de refuser les protections en matière de droits de la personne à une vaste majorité de personnes dépendantes

whether drug-dependent individuals are adversely impacted by the Policy — with an improper inquiry, namely, whether drug-dependent individuals are so overwhelmingly impacted by their addictions that any discrimination they experience is caused exclusively by their addictions and is in no way influenced by their willpower. This introduces a novel, and until now unrecognized, contributory fault defence to discrimination.

[103] Formal equality, too, is not dispositive of contribution. Human rights protections apply to both direct and indirect discrimination claims (*Bombardier*, at para. 32; *Meiorin*, at paras. 29 and 31). Despite this, the Tribunal’s reasoning has the impact of erasing indirect discrimination from the scope of human rights protections by relying on formal equality principles. In this respect, the Tribunal wrote that “Mr. Stewart would have been fired whether or not he was an addict or a casual user” (para. 123) and that “[t]he Policy applied to both casual users of drugs as well as those who were drug addicted or dependent” (para. 128). In other words, the Tribunal reasoned that the Policy’s equal treatment of drug-dependent and non-drug-dependent persons who violate the Policy prevents it from being *prima facie* discriminatory (para. 128). Similarly, the Court of Appeal reasoned that cigarette smoking prohibitions cannot be *prima facie* discriminatory because they apply to smokers “even if they just started”, i.e. even if they are not yet addicted (para. 65). But such “equal” treatment does not exhaust the *prima facie* discrimination analysis.

[104] A male who failed the aerobic requirement in *Meiorin* would have been laid off, just like Ms. Meiorin. What mattered was that female

aux drogues qui, en dépit de leur dépendance, continuent d’exercer un minimum de contrôle sur des choses aussi simples que « le moment et l’endroit » où elles consomment de la drogue. Ensuite, il remplace l’analyse appropriée — qui consiste à se demander si les personnes dépendantes aux drogues sont lésées par la Politique — par une analyse inappropriée, soit celle de se demander si les personnes dépendantes aux drogues sont accablées par leur dépendance à tel point que la discrimination qu’elles subissent est exclusivement causée par leur dépendance et aucunement influencée par leur volonté. Cela introduit un nouveau moyen de défense fondé sur la faute contributoire, non reconnu jusqu’à maintenant, en matière de discrimination.

[103] L’égalité formelle ne règle pas non plus la question de la contribution. Les protections en matière de droits de la personne s’appliquent tant aux allégations de discrimination directe qu’à celles de discrimination indirecte (*Bombardier*, par. 32; *Meiorin*, par. 29 et 31). Malgré cela, le raisonnement du Tribunal a pour effet d’exclure la discrimination indirecte de la portée des protections en matière de droits de la personne en se fondant sur les principes de l’égalité formelle. À cet égard, le Tribunal a écrit que [TRADUCTION] « M. Stewart aurait été congédié, qu’il ait été ou non un toxicomane ou un consommateur occasionnel » (par. 123) et que « [l]a Politique s’appliquait tant aux consommateurs occasionnels qu’aux toxicomanes » (par. 128). En d’autres termes, le Tribunal a conclu que le traitement égal réservé par la Politique aux personnes souffrant d’une dépendance aux drogues et à celles ne souffrant pas de pareille dépendance qui violent la Politique empêche celle-ci d’être discriminatoire à première vue (par. 128). De même, la Cour d’appel a estimé que les interdictions de fumer la cigarette ne pouvaient pas être discriminatoires à première vue parce qu’elles s’appliquent aux fumeurs [TRADUCTION] « même s’ils viennent de commencer », c.-à-d. même s’ils n’ont pas encore développé une dépendance (par. 65). Or, ce traitement « égal » n’épuise pas l’analyse de la discrimination *prima facie*.

[104] Un homme qui ne satisfait pas à l’exigence aérobique dans l’affaire *Meiorin* aurait été congédié, tout comme M<sup>me</sup> Meiorin. Ce qui comptait, c’était

candidates were adversely impacted by the requirement. Similarly, in *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, any employee who failed to work on Yom Kippur, whether Jewish or otherwise, would have been required to take unpaid leave. What mattered was that Jewish teachers — to whom Yom Kippur holds unique significance — were adversely impacted by the workplace policy.

[105] This case is no different. While it is true that both dependent and recreational drug users will receive similar treatment for violating the Policy, it is only drug-dependent persons, whose disability is a recognized protected ground, that will uniquely and disproportionately struggle in complying with the terms of the Policy. The equal application of a policy to those with and without a protected ground merely means, at most, that the policy does not discriminate directly; it is not dispositive of indirect discrimination, and it therefore fails to exhaust the *prima facie* discrimination inquiry.

[106] Furthermore, I find that the Tribunal improperly considered arbitrariness and stereotyping relevant to its contribution analysis. It distinguished *ADGA Group Consultants Inc. v. Lane* (2008), 64 C.H.R.R. D/132 (Ont. Div. Ct.), from the instant case because, in *ADGA*, the employer terminated an employee based on “stereotypes” (para. 124). The Tribunal then commented how, in the instant case, “there is no inference that the application of the Policy was arbitrary or perpetuated historical stereotypes” (para. 126). However, such an approach runs counter to jurisprudence from this Court. This Court has never affirmed a requirement of arbitrariness or stereotyping in the *prima facie* discrimination analysis. And none of the three pillars of *prima facie* discrimination — ground, harm, or contribution — relates, conceptually, to arbitrariness or stereotyping. As academic commentators have observed, to import “substantive” considerations into the settled and low threshold for *prima facie* discrimination conflicts with this Court’s jurisprudence and shifts a justificatory burden from the employer onto the complainant (see e.g. J. Koshan, “Under

que les candidates étaient lésées par cette exigence. De même, dans l’affaire *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, tout employé qui ne travaillait pas le jour du Yom Kippour, qu’il soit juif ou non, aurait eu à prendre un congé sans traitement. Ce qui comptait, c’était que les enseignants de religion juive — pour qui le Yom Kippour revêt une importance particulière — étaient lésés par la politique sur le milieu de travail.

[105] La présente affaire n’est pas différente. S’il est vrai que les consommateurs de drogues, dépendants ou occasionnels, recevraient le même traitement en cas de violation de la Politique, ce ne sont que les personnes souffrant d’une dépendance aux drogues, dont la déficience constitue un motif protégé reconnu, qui auront particulièrement et de façon disproportionnée de la difficulté à respecter la Politique. L’application égale d’une politique à ceux qui ont un motif protégé et à ceux qui n’en ont pas signifie tout au plus que la politique ne constitue pas de la discrimination directe; elle ne règle pas la question de la discrimination indirecte et ne met donc pas fin à l’analyse de la discrimination *prima facie*.

[106] En outre, je conclus que le Tribunal a eu tort de considérer le traitement arbitraire et l’application de stéréotypes comme pertinents pour son analyse de la contribution. Il a établi une distinction entre l’affaire *ADGA Group Consultants Inc. c. Lane* (2008), 64 C.H.R.R. D/132 (C. div. Ont.), et la présente affaire parce que, dans *ADGA*, l’employeur avait congédié un employé en raison de « stéréotypes » (par. 124). Le Tribunal a ensuite indiqué qu’en l’espèce, [TRADUCTION] « on ne saurait inférer que l’application de la Politique était arbitraire ou perpétuait des stéréotypes historiques » (par. 126). Cependant, une telle approche va à l’encontre de la jurisprudence de notre Cour. Cette dernière n’a jamais confirmé l’exigence d’un traitement arbitraire ou de l’application de stéréotypes dans l’analyse relative à la discrimination *prima facie*. Et aucun des trois piliers de la discrimination *prima facie* — le motif, le préjudice ou la contribution — ne se rapporte, sur le plan conceptuel, au traitement arbitraire ou à l’application de stéréotypes. Comme certains commentateurs universitaires l’ont fait remarquer, l’introduction de considérations « de fond » dans le critère établi et peu



the Influence: Discrimination Under Human Rights Legislation and Section 15 of the *Charter*” (2014), 3 *Can. J. Hum. Rts.* 115, at pp. 123-25; B. Oliphant, “*Prima Facie* Discrimination: Is *Tranchemontagne* Consistent with the Supreme Court of Canada’s Human Rights Code Jurisprudence?” (2012), 9 *J.L. & Equality* 33, at p. 53; D. Pothier, “Tackling Disability Discrimination at Work: Toward a Systemic Approach” (2010), 4 *M.J.L.H.* 17, at p. 31).

[107] For example, the first criterion in justification — rationality — aligns with arbitrariness; they are simply opposites (see e.g. *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 83). Similarly, all three justification criteria — rationality, good faith, and reasonable accommodation — would be difficult to satisfy if an employer engaged in stereotypical reasoning. There is therefore no basis for making arbitrariness or stereotyping a burden on the complainant at the *prima facie* discrimination stage of the analysis when it is already a burden on the employer at the justification stage (and when the employer knows its own motivations best, in any event).

[108] I would add the following on this point. At para. 116, the Tribunal wrote:

A more recent aspect of the *prima facie* discrimination analysis applied by a minority of the Court in *McGill* . . . and seemingly adopted by the majority in *Honda* . . . , emphasizes substantive equality, distinctions as opposed to discrimination, and examining whether the adverse action of the employer based on a prohibited ground is stereotypical or arbitrary. However, proof of prejudice or stereotyping are not additional evidentiary requirements for the Complainant in proving *prima facie* discrimination. Once adverse treatment is shown on the basis of a prohibited ground, an inference of stereotyping, arbitrariness or perpetuation of disadvantage will usually be drawn. [Emphasis added.]

exigeant applicable à la discrimination *prima facie* entre en conflit avec la jurisprudence de notre Cour et fait passer le fardeau de la justification de l’employeur au plaignant (voir, p. ex., J. Koshan, « Under the Influence : Discrimination Under Human Rights Legislation and Section 15 of the *Charter* » (2014), 3 *Can. J. Hum. Rts.* 115, p. 123-125; B. Oliphant, « *Prima Facie* Discrimination : Is *Tranchemontagne* Consistent with the Supreme Court of Canada’s Human Rights Code Jurisprudence? » (2012), 9 *J.L. & Equality* 33, p. 53; D. Pothier, « Tackling Disability Discrimination at Work : Toward a Systemic Approach » (2010), 4 *R.D.S.M.* 17, p. 31).

[107] Par exemple, le premier critère relatif à la justification — le lien rationnel — est mis en équilibre avec le traitement arbitraire; il s’agit de simples contraires (voir, p. ex., *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 83). De même, les trois critères relatifs à la justification — le lien rationnel, la bonne foi et l’accommodement raisonnable — seraient difficiles à satisfaire si l’employeur devait se livrer à un raisonnement stéréotypé. Il n’y a donc aucune raison de faire porter au plaignant le fardeau lié au traitement arbitraire ou à l’application de stéréotypes à l’étape de l’analyse portant sur la discrimination *prima facie* lorsque ce fardeau est déjà porté par l’employeur à l’étape de la justification (et que l’employeur est le mieux placé pour connaître ses motivations, de toute façon).

[108] J’ajouterais ce qui suit sur ce point. Le Tribunal a écrit au par. 116 :

[TRADUCTION] Un volet plus récent de l’analyse relative à la discrimination *prima facie* appliqué par les juges minoritaires de la Cour dans *McGill* [. . .] et adopté semble-t-il par les juges majoritaires dans *Honda* [. . .], met l’accent sur l’égalité réelle, les distinctions par opposition à la discrimination, de même que sur la question de savoir si l’acte préjudiciable de l’employeur fondé sur un motif prohibé relève d’un stéréotype ou est arbitraire. Toutefois, la démonstration d’un préjudice ou de l’application de stéréotypes ne représente pas une exigence additionnelle en matière de preuve à laquelle doit satisfaire le plaignant pour établir la discrimination *prima facie*. Une fois le traitement préjudiciable démontré sur la base d’un motif prohibé, on déduit généralement qu’il y a eu application de stéréotypes, traitement arbitraire ou perpétuation d’un désavantage. [Je souligne.]

[109] This passage does three things in my view: (1) it purports that this Court held in *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362, that *prima facie* discrimination — which “emphasizes substantive equality” — considers stereotyping and arbitrariness; (2) it says that “proof of” prejudice or stereotyping “are not additional evidentiary requirements” for the plaintiff; and (3) it claims that an inference of stereotyping and arbitrariness “will usually be drawn” where a ground, harm, and contribution are proven. On my reading, this paragraph does not reject arbitrariness and stereotyping as relevant factors. Rather, it affirms their relevance, and makes the more modest observation that they need not be independently proven in every case because, in some cases, they can be inferred from the circumstances. I find that this consideration of arbitrariness and stereotyping is a misapprehension of principle.

[110] Finally, the Tribunal misinterpreted the “factor” test established in the jurisprudence. At one point, it stated that “the adverse effect must be causally linked” to the ground (para. 120) — a higher bar than the mere “factor” threshold repeatedly adopted by this Court (*Moore*, at para. 33; *Bombardier*, at para. 49). Additionally, elsewhere in its reasons, the Tribunal’s application of the “factor” test was erroneously concerned with discriminatory intent (an improper inquiry) rather than discriminatory effect (the proper inquiry). I now turn to this key error in greater detail.

(b) *The Tribunal’s Understanding and Application of the “Factor” Test*

[111] The Tribunal dismissed Mr. Stewart’s claim based on a false dichotomy: that Mr. Stewart must have been terminated because of either his addiction or the Policy. The Tribunal explained that the Policy “was not applied [to Mr. Stewart] due to his disability, but rather because of his failure to stop using drugs” (para. 125). The Chief Justice agrees the evidence supported the conclusion that “the reason

[109] À mon sens, le passage ci-dessus fait trois choses : (1) il prétend que notre Cour a jugé dans *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362, que la discrimination *prima facie* — laquelle « met l’accent sur l’égalité réelle » — vise l’application de stéréotypes et le traitement arbitraire; (2) il dit que la « démonstration » d’un préjudice ou de l’application de stéréotypes « ne représente pas une exigence additionnelle en matière de preuve » imposée au plaignant; (3) il soutient que l’« on déduit généralement » qu’il y a eu application de stéréotypes et traitement arbitraire lorsqu’un motif, un préjudice et une contribution sont établis. D’après moi, ce paragraphe n’exclut pas le traitement arbitraire et l’application de stéréotypes comme facteurs pertinents. Il en confirme plutôt la pertinence et fait remarquer plus modestement qu’il n’est pas nécessaire de les prouver individuellement dans tous les cas car, dans certains d’entre eux, ils peuvent être déduits des circonstances. Je conclus que cet examen du traitement arbitraire et de l’application de stéréotypes participe d’une mauvaise interprétation de principe.

[110] Enfin, le Tribunal a mal interprété le critère relatif au « facteur » établi dans la jurisprudence. À un moment donné, il affirme que [TRADUCTION] « l’effet préjudiciable doit avoir un lien de causalité » avec le motif (par. 120) — une barre plus haute que le critère du simple « facteur » maintes fois adopté par la Cour (*Moore*, par. 33; *Bombardier*, par. 49). De plus, ailleurs dans ses motifs, le Tribunal applique le critère relatif au « facteur » en s’attachant à tort à l’intention discriminatoire (une mauvaise analyse), plutôt qu’à l’effet discriminatoire (la bonne analyse). J’examinerai maintenant plus en détail cette erreur fondamentale.

(b) *La conception du critère relatif au « facteur » et son application par le Tribunal*

[111] Le Tribunal a rejeté la plainte de M. Stewart en se fondant sur la fausse dichotomie selon laquelle M. Stewart doit avoir été congédié soit en raison de sa dépendance, soit en raison de la Politique. Le Tribunal a expliqué que la Politique [TRADUCTION] « n’a pas été appliquée [à M. Stewart] en raison de sa dépendance, mais plutôt en raison de son omission d’arrêter de consommer de la drogue » (par. 125).

for the termination was not addiction, but breach of the Policy” (para. 35). However, based on my understanding of the Tribunal’s own factual findings, Mr. Stewart’s termination was clearly linked to both the Policy breach and his addiction.

[112] True, the Tribunal repeatedly stated that Mr. Stewart’s addiction was not “a factor” in his termination, which is, on its face, the correct legal test. From the Tribunal’s reasons, though, I gather that it meant rather that Mr. Stewart’s addiction was not “a factor” in Elk Valley’s decision to terminate him, i.e. Elk Valley did not intentionally discriminate against Mr. Stewart’s addiction. This flows from the Tribunal’s reasons and its concern with whether “discriminatory considerations” factored into Elk Valley’s decision to terminate Mr. Stewart (para. 117). That was, with respect, the wrong legal test.

[113] The Tribunal’s understanding of the “factor” test is reflected in the two key cases cited in its analysis of contribution: *British Columbia Public Service Agency v. B.C.G.E.U.*, 2008 BCCA 357, 83 B.C.L.R. (4th) 299 (“*Gooding*”), and *ADGA*. The Tribunal relied on *Gooding* for the proposition that a ground is not a factor in harm unless it plays a role “in the employer’s decision” to terminate an employee (para. 119, citing *Gooding*, at para. 11). In turn, it analogized *Gooding* to this case on the basis that Elk Valley’s decision — terminating Mr. Stewart — was made because he breached the Policy, not due to his addiction (para. 120). Similarly, the Tribunal relied on *ADGA* for the proposition that an employer cannot terminate an employee simply because the employee “advise[s] his employer of his medical disability”, a decision “rooted in stereotypes” (para. 124). It then explained how *ADGA* was “quite distinguishable” from this case since Elk Valley terminated Mr. Stewart for his Policy breach, not merely for having a disability (paras. 124-25).

La Juge en chef convient que la preuve appuie la conclusion selon laquelle « le motif du congédiement n’était pas la dépendance, mais la violation de la Politique » (par. 35). Toutefois, d’après ce que je comprends des propres conclusions de fait du Tribunal, le congédiement de M. Stewart était clairement lié à la fois à la violation de la Politique et à sa dépendance.

[112] Certes, le Tribunal a maintes fois affirmé que la dépendance de M. Stewart n’avait pas constitué « un facteur » de son congédiement, ce qui constitue, de prime abord, le bon critère juridique. Cependant, d’après les motifs du Tribunal, je crois comprendre qu’il voulait plutôt dire que la dépendance de M. Stewart n’avait pas constitué « un facteur » dans la décision d’Elk Valley de le congédier, c.-à-d. qu’Elk Valley n’avait pas intentionnellement fait preuve de discrimination à l’égard de la dépendance de M. Stewart. C’est ce qui ressort des motifs du Tribunal et de sa préoccupation quant à la question de savoir si des [TRADUCTION] « considérations discriminatoires » ont joué dans la décision d’Elk Valley de congédier M. Stewart (par. 117). Avec égards, il s’agit du mauvais critère juridique.

[113] La manière dont le Tribunal conçoit le critère du « facteur » trouve son expression dans les deux décisions clés citées dans son analyse de la contribution : *British Columbia Public Service Agency c. B.C.G.E.U.*, 2008 BCCA 357, 83 B.C.L.R. (4th) 299 (« *Gooding* »), et *ADGA*. Le Tribunal s’appuie sur *Gooding* pour affirmer qu’un motif ne constitue un facteur du préjudice que s’il joue un rôle [TRADUCTION] « dans la décision de l’employeur » de congédier l’employé (par. 119, citant *Gooding*, par. 11). Il établit une analogie entre *Gooding* et la présente affaire car la décision d’Elk Valley — de congédier M. Stewart — a été prise parce qu’il avait violé la Politique, et non pas en raison de sa dépendance (par. 120). Dans le même ordre d’idées, le Tribunal invoque la décision *ADGA* pour affirmer qu’un employeur ne peut congédier un employé simplement parce que ce dernier « informe son employeur de sa déficience médicale », une décision « fondée sur des stéréotypes » (par. 124). Il explique ensuite qu’*ADGA* est « très différente » de la présente affaire car Elk Valley a congédié M. Stewart en raison de sa violation de la Politique, et non pas simplement parce qu’il avait une dépendance (par. 124-125).

[114] The Tribunal’s reliance on these cases for these principles of law illustrates how it narrowed the scope of *prima facie* discrimination to direct and intentional discrimination. *ADGA* is indeed distinguishable from this case, but that is because it was a case of direct discrimination. Direct discrimination need not be proven in all cases. If such proof were always required, this Court would not have found *prima facie* discrimination in *Meiorin* and *Moore*, both of which involved indirect discrimination.

[115] At one point, the Tribunal alluded to the proper approach to *prima facie* discrimination:

... I am sensitive to the argument that any distinction between termination due to disability, and termination due to failure to follow the Policy, may appear to be superficial given that the misconduct relied upon can be considered, in some circumstances, to be a symptom of the addiction or disability. [para. 122]

This lower threshold — whether the ground was “a factor” in the occurrence of the harm, not in the employer’s decision to cause that harm — is the correct approach in law, as this Court has consistently ruled. But the Tribunal did not follow it.

[116] Given this, the Tribunal’s repeated holding that Mr. Stewart’s disability was not “a factor” in his termination (paras. 122 and 125-26) cannot be accorded deference. Under the proper test — i.e. whether the ground was a factor in the harm — the evidence before the Tribunal could not support its conclusion that Mr. Stewart’s drug dependence did not contribute to his termination.

[117] The Chief Justice accepts that “[t]he question, at base, is whether at least one of the reasons for the adverse treatment was the employee’s addiction” (para. 43). In my view, drug addiction was at

[114] Le fait que le Tribunal invoque ces décisions à l’appui de ces principes de droit montre comment il restreint la portée de la discrimination *prima facie* à la discrimination directe et intentionnelle. Il y a effectivement lieu d’établir une distinction entre *ADGA* et la présente affaire, mais parce qu’il s’agissait d’une affaire de discrimination directe. La discrimination directe n’a pas à être prouvée dans tous les cas. Si une telle preuve était toujours requise, la Cour n’aurait pas conclu à l’existence d’une discrimination *prima facie* dans les affaires *Meiorin* et *Moore*, qui portaient toutes deux sur une discrimination indirecte.

[115] À un moment donné, le Tribunal fait allusion à la bonne manière d’aborder la discrimination *prima facie* :

[TRADUCTION] ... je suis sensible à l’argument selon lequel la distinction entre le congédiement imputable à une déficience et le congédiement imputable à une omission de respecter la Politique peut sembler superficielle vu que l’inconduite invoquée peut être considérée, dans certains cas, comme un symptôme de la dépendance ou de la déficience. [par. 122]

Ce critère préliminaire moins élevé — qui consiste à se demander si le motif a constitué « un facteur » dans la manifestation du préjudice, et non dans la décision de l’employeur de causer ce préjudice — constitue la bonne approche en droit, à laquelle la Cour a toujours souscrit. Le Tribunal ne l’a toutefois pas suivie.

[116] Étant donné ce qui précède, la conclusion répétée du Tribunal selon laquelle la déficience de M. Stewart n’avait pas constitué « un facteur » dans son congédiement (par. 122 et 125-126) ne saurait commander la déférence. Selon le bon critère — soit celui de savoir si le motif a constitué un facteur du préjudice — la preuve dont disposait le Tribunal ne pouvait pas appuyer sa conclusion selon laquelle la dépendance aux drogues de M. Stewart n’avait pas contribué à son congédiement.

[117] La Juge en chef reconnaît qu’« [i]l s’agit au départ de savoir si au moins une des raisons à l’origine du traitement préjudiciable était la dépendance de l’employé » (par. 43). À mon avis, la dépendance

least one, if not the central, factor in Mr. Stewart's termination for drug use. The Tribunal found, and both parties' experts opined, that addiction means "impaired control" over drug use (para. 109). The Tribunal also found that Mr. Stewart was drug-dependent with respect to cocaine (para. 118). Both experts agreed that Mr. Stewart was unaware of his drug dependence at the time of the incident (paras. 58, 61, 66 and 80). Accordingly, Mr. Stewart had an impaired ability to comply with the Policy in two respects: (1) it prohibited drug use, which he uniquely and inordinately craved; and (2) it provided accommodation to drug-addicted persons, which he appears to have denied being — a symptom of his addiction.

[118] It is true that Mr. Stewart was not wholly incapacitated by his addiction and maintained some residual control over his choices (paras. 121-22). But that merely diminishes the extent to which his dependence contributed to his harm, it does not eliminate it as "a factor". To require complete incapacitation for addiction to ground a discrimination claim would effectively erase addiction from the scope of legal disability. This is because addiction, by definition, refers to impaired, not eliminated, control. According to the Chief Justice, the Tribunal "rejected this argument" based "on the facts" of this case (paras. 38-39). But, in reality, the Tribunal did not reject this argument; rather, it avoided it by interpreting the "factor" test as relating to discriminatory intent, not adverse effect, and by improperly requiring absolute incapacity to ground a claim relating to discrimination based on addiction.

[119] Consequently, in light of the Tribunal's factual findings, Elk Valley's termination of Mr. Stewart was *prima facie* discriminatory. His ground (drug dependence) and harm (termination) are conceded. As for contribution, the link between Mr. Stewart's drug dependence (impairing his self-control with respect to drug use) and his termination (for using drugs, a symptom, and thus an extension,

aux drogues fut au moins l'un des facteurs, sinon le principal facteur, du congédiement de M. Stewart pour consommation de drogue. Le Tribunal a conclu que la dépendance s'entend d'un [TRADUCTION] « manque de contrôle » sur la consommation de drogue, et les experts des deux parties se sont dits de cet avis (par. 109). Le Tribunal est également parvenu à la conclusion que M. Stewart souffrait d'une dépendance à la cocaïne (par. 118). Les deux experts ont convenu que M. Stewart n'était pas conscient de sa dépendance au moment de l'incident (par. 58, 61, 66 et 80). Monsieur Stewart avait donc une capacité affaiblie de respecter la Politique à deux égards : (1) elle interdisait la consommation de drogues, dont il avait particulièrement et excessivement envie; (2) elle offrait un accommodement aux personnes dépendantes aux drogues, ce qu'il semble avoir nié être — un symptôme de sa dépendance.

[118] Il est vrai que la dépendance de M. Stewart ne le rendait pas totalement invalide et qu'il exerçait toujours un certain contrôle résiduel sur ses choix (par. 121-122), mais cela ne fait que diminuer la mesure dans laquelle sa dépendance a contribué à son préjudice et ne l'exclut pas en tant que « facteur ». Exiger une invalidité totale résultant d'une dépendance pour fonder une plainte de discrimination aurait bel et bien pour effet d'exclure cette dépendance de la portée de la déficience en droit. Il en est ainsi parce que la dépendance, par définition, désigne un manque de contrôle, mais non une absence de contrôle. Selon la Juge en chef, le Tribunal « a rejeté cet argument » compte tenu « des faits » de l'espèce (par. 38-39), alors qu'en réalité, le Tribunal n'a pas rejeté cet argument; il l'a plutôt éludé en considérant le critère relatif au « facteur » comme s'attachant à l'intention discriminatoire, et non à l'effet préjudiciable, et en exigeant à tort une invalidité absolue pour justifier une plainte de discrimination fondée sur une dépendance.

[119] Par conséquent, à la lumière des conclusions de fait du Tribunal, le congédiement de M. Stewart par Elk Valley était discriminatoire à première vue. Son motif (la dépendance aux drogues) et son préjudice (le congédiement) sont reconnus. Quant à la contribution, le lien entre la dépendance aux drogues de M. Stewart (qui affaiblit sa capacité de contrôler sa consommation de drogue) et son

of his dependence) was established on the record. Similarly, Mr. Stewart’s drug dependence appears to have left him unaware of his addiction, impairing his ability to comply with the voluntary disclosure provisions of the Policy, and making that unawareness far from irrelevant in this case. As one intervenor put it, drug dependence — whether through stigma or denial — can be a factor in an employee’s failure to voluntarily disclose their disability. On that basis, *prima facie* discrimination was satisfied here.

[120] I also note that, in any event, Mr. Stewart’s drug dependence was seemingly “a factor” in Elk Valley’s decision to terminate him. In this regard, I disagree with the Chief Justice’s characterization of the termination letter as relating solely to Mr. Stewart’s “use of drugs” and as “explain[ing] the Policy” (para. 30). As O’Ferrall J.A. persuasively observed in dissent (paras. 118-21), the termination letter’s phrasing addressed, if not primarily emphasized, Mr. Stewart’s drug dependence. It read:

A further investigation with you revealed that you use drugs extensively.

... It is fundamental to safety at the minesite that employees comply with the Drug and Alcohol Policy and disclose their dependency on drugs or alcohol . . . .

. . . .

... we are hopeful that you will find the personal resolve that is necessary to overcome an addiction. . . .

. . . .

We wish you every success in turning your life around. [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at p. 48; see also C.A. reasons, at para. 119.)

congédiement (pour avoir consommé de la drogue, un symptôme, et donc une extension, de sa dépendance) a été établi au vu du dossier. De même, la dépendance aux drogues de M. Stewart semble l’avoir rendu inconscient de sa dépendance, affaiblissant ainsi sa capacité de se conformer aux dispositions de la Politique sur la divulgation volontaire et faisant en sorte que cette inconscience est loin de ne pas être pertinente en l’espèce. Comme l’a dit l’un des intervenants, la dépendance aux drogues — que ce soit par la stigmatisation ou le déni — peut constituer un facteur dans l’omission d’un employé de divulguer volontairement sa déficience. Pour ce motif, la discrimination *prima facie* a été établie en l’espèce.

[120] Je souligne également que, de toute façon, la dépendance aux drogues de M. Stewart a vraisemblablement constitué « un facteur » dans la décision d’Elk Valley de le congédier. À cet égard, je ne suis pas d’accord avec la façon dont la Juge en chef décrit la lettre de congédiement, affirmant que celle-ci portait uniquement sur la « consommation de drogues » de M. Stewart et « expliqu[ait] la Politique » (par. 30). Comme le juge O’Ferrall l’a fait observer de manière convaincante dans ses motifs dissidents (par. 118-121), le libellé de la lettre de congédiement porte, sinon principalement, sur la dépendance aux drogues de M. Stewart. Elle est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] Un examen plus à fond de la question avec vous a révélé que vous consommez beaucoup de drogue.

... Il est essentiel, pour assurer la sécurité dans la mine, que les employés se conforment à la politique en matière de consommation de drogue et d’alcool et révèlent leur dépendance à la drogue ou à l’alcool . . . .

. . . .

... nous espérons que vous trouverez en vous la détermination nécessaire pour vous libérer d’une dépendance. . . .

. . . .

Nous vous souhaitons de réussir à reprendre votre vie en main. [Je souligne.]

(d.a., vol. III, p. 48; voir aussi les motifs de la C.A., par. 119.)

[121] Elk Valley’s post-incident questioning of Mr. Stewart, in the presence of his Union President and Vice-President, similarly reflected its specific concerns with his drug dependence. Among the many questions he was asked, the following can be highlighted: “So this wasn’t your first introduction to cocaine? . . . Do you use other drugs Ian? . . . Staying with coke / crack what would be your pattern of usage? . . . Do you have a problem? . . . Do you think you are addicted? . . . What is your pattern of usage now? . . . Do you have an intention to enter treatment?” (A.R., vol. III, at pp. 36-44 (emphasis added)).

[122] Considering the termination letter and the transcript of Mr. Stewart’s post-incident interview, it was unreasonable for the Tribunal to conclude that Elk Valley was not at least interested in whether Mr. Stewart was drug-dependent, if not primarily motivated by that concern. This was not a mere fact in the background.

[123] Regardless, this analysis of what factored into Elk Valley’s decision to terminate Mr. Stewart is not required to prove *prima facie* discrimination. The contribution inquiry simply addresses whether Mr. Stewart’s addiction was a factor in his termination. The evidence showed that Mr. Stewart’s addiction had indeed factored into his drug use, and in turn, his violation of the Policy. Had the Tribunal reasonably applied the legal test it had identified, it would have found *prima facie* discrimination. Its decision to the contrary was unreasonable and should not be afforded any deference in my opinion.

### C. *Justification*

[124] Turning to the other step of the analysis, the Tribunal (at para. 131) correctly identified the three-part test for justification based on *Meiorin*

[121] Les questions qu’Elk Valley a posées à M. Stewart après l’incident, en présence du président et du vice-président de son syndicat, traduisent pareillement ses préoccupations précises à l’égard de la dépendance aux drogues de M. Stewart. Parmi les nombreuses questions qui lui ont été posées, les questions suivantes méritent d’être soulignées : [TRADUCTION] « Donc, ce n’était pas la première fois que vous preniez de la cocaïne? [. . .] Consommez-vous d’autres drogues Ian? [. . .] Toujours en ce qui concerne la cocaïne ou le crack, quelles sont vos habitudes de consommation? [. . .] Avez-vous un problème? [. . .] Croyez-vous avoir une dépendance? [. . .] Quelles sont vos habitudes de consommation présentement? [. . .] Avez-vous l’intention d’entreprendre un traitement? » (d.a., vol. III, p. 36-44 (je souligne)).

[122] Vu la lettre de congédiement et la transcription de l’entrevue de M. Stewart postérieure à l’incident, il était déraisonnable pour le Tribunal de conclure qu’Elk Valley ne voulait pas à tout le moins savoir si M. Stewart avait une dépendance aux drogues, sinon qu’elle avait été principalement motivée par cette préoccupation. Il ne s’agissait pas d’un simple élément de la toile de fond.

[123] Quoi qu’il en soit, il n’est pas nécessaire de se livrer à cette analyse de ce qui a joué dans la décision d’Elk Valley de congédier M. Stewart pour prouver l’existence d’une discrimination *prima facie*. L’analyse de la contribution traite simplement de la question de savoir si la dépendance de M. Stewart a constitué un facteur dans son congédiement. La preuve établissait que la dépendance de M. Stewart avait effectivement joué dans sa consommation de drogues et, partant, dans sa violation de la Politique. Si le Tribunal avait appliqué raisonnablement le critère juridique qu’il avait énoncé, il aurait conclu à l’existence d’une discrimination *prima facie*. Sa décision contraire était déraisonnable et il n’y a pas lieu, à mon avis, de faire preuve de déférence à son égard.

### C. *Justification*

[124] En ce qui concerne maintenant l’autre étape de l’analyse, le Tribunal (au par. 131) a correctement énoncé le test à trois volets établi en

and *Hydro-Québec*: (1) a connection between the adopted standard and job performance; (2) good faith; and (3) it being impossible to accommodate the employee further without undue hardship (which I will call “reasonable accommodation”). Justices Moldaver and Wagner properly identify that the third part of the justification test — reasonable accommodation — is the only part in dispute (para. 52). I respectfully disagree, however, with their conclusion that the Tribunal reasonably interpreted both the law on reasonable accommodation and the facts before it.

(1) The Correct Approach to Justification

[125] Reasonable accommodation does not require that it be “impossible for the employer to accommodate the employee’s characteristics” (*Hydro-Québec*, at para. 16). However, the employer “does have a duty, if it can do so without undue hardship, to arrange the employee’s workplace or duties to enable the employee to do his or her work” (*Hydro-Québec*, at para. 16). In distilled form, reasonable accommodation has been described by this Court as being satisfied only if the employer “could not have done anything else reasonable or practical to avoid the negative impact” on the employee (*Moore*, at para. 49).

[126] To determine what “reasonable or practical” alternatives are available to it, an employer must engage in an individualized analysis of the employee in question (*Meiorin*, at paras. 54-55; *Hydro-Québec*, at para. 17) based on the employee’s “individual differences” and “individual capabilities” (*Meiorin*, at paras. 55, 64 and 67). In *Meiorin*, this Court went so far as to say that “[e]mployers designing workplace standards owe an obligation to be aware of both the differences between individuals, and differences that characterize groups of individuals” (para. 68). Likewise, in *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 81, the Court held that “no single accommodation or adaptation can serve the needs of all”, which reflects the wide spectrum on which addiction lies.

matière de justification dans les arrêts *Meiorin* et *Hydro-Québec* : (1) l’existence d’un lien entre la norme adoptée et l’exécution du travail; (2) la bonne foi; (3) l’impossibilité de composer davantage avec l’employé sans subir de contrainte excessive (que j’appellerai l’« accommodement raisonnable »). Les juges Moldaver et Wagner ont raison d’affirmer que le troisième volet du test en matière de justification — l’accommodement raisonnable — est le seul volet en litige (par. 52). Toutefois, soit dit en tout respect, je suis en désaccord avec leur conclusion selon laquelle le Tribunal a raisonnablement interprété le droit en matière d’accommodement raisonnable et les faits dont il avait été saisi.

(1) La bonne approche à l’égard de la justification

[125] L’accommodement raisonnable n’exige pas qu’il soit « impossib[le] pour un employeur de composer avec les caractéristiques d’un employé » (*Hydro-Québec*, par. 16), mais l’employeur « a [. . .] l’obligation d’aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l’employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail » (*Hydro-Québec*, par. 16). En résumé, la Cour a précisé que l’accommodement raisonnable n’est établi que si l’employeur « n’aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses » pour l’employé (*Moore*, par. 49).

[126] Pour déterminer quelles sont les solutions de rechange « raisonnables ou pratiques » qui s’offrent à lui, l’employeur doit se livrer à une analyse individualisée de l’employé en question (*Meiorin*, par. 54-55; *Hydro-Québec*, par. 17), compte tenu des « différences individuelles » et des « capacités [individuelles] » de l’employé (*Meiorin*, par. 55, 64 et 67). Dans l’arrêt *Meiorin*, la Cour est allée jusqu’à dire que « [l]es employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnes » (par. 68). De même, dans *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 81, la Cour a conclu « qu’aucune mesure d’adaptation ne permet à elle seule de



Therefore, any predetermined or blanket approach to sanctions imposed on employees for disability-related conduct will struggle to fulfill an employer's individualized duty to accommodate.

[127] This individualized analysis involves both procedural and substantive duties. The procedural duties relate to “the procedure, if any, which was adopted to assess the issue of accommodation”; the substantive duties relate to “the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer's reasons for not offering any such standard” (*Meiorin*, at para. 66 (emphasis deleted)).

[128] Lastly, the threshold of undue hardship — i.e. the substantive duty — means that employers, when considering their options, will always have to weigh options resulting in some hardship; it is only hardship that is “undue” that an employer cannot be forced to endure. Compelling employers to bear some hardship strikes the liberal balance sought by human rights legislation:

It may be ideal from the employer's perspective to choose a standard that is uncompromisingly stringent. Yet the standard, if it is to be justified under the human rights legislation, must accommodate factors relating to the unique capabilities and inherent worth and dignity of every individual, up to the point of undue hardship. [*Meiorin*, at para. 62]

[129] In their concurring opinion, Justices Moldaver and Wagner defer to the Tribunal's approach to reasonable accommodation (paras. 55-56). In so doing, they affirm that it was appropriate for Elk Valley to forego individual assessment in the interest of deterrence. I do not agree with this proposition in the human rights law context.

répondre aux besoins de tous », ce qui témoigne du large spectre sur lequel se situe la dépendance. Par conséquent, toute approche préétablie ou générale à l'égard des sanctions infligées aux employés pour une conduite liée à une déficience peinera à remplir l'obligation d'accommodement individualisé de l'employeur.

[127] Cette analyse individualisée implique tant des obligations procédurales que des obligations de fond. Les obligations d'ordre procédural se rapportent à « la procédure, s'il en est, qui a été adoptée pour étudier la question de l'accommodement »; les obligations de fond se rapportent à « la teneur réelle d'une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas offert une telle norme » (*Meiorin*, par. 66 (soulignement omis)).

[128] Enfin, le critère de la « contrainte excessive » — c.-à-d. l'obligation de fond — signifie que les employeurs, lorsqu'ils envisagent les solutions qui s'offrent à eux, doivent toujours soupeser des solutions qui donnent lieu à une certaine contrainte; seule la contrainte « excessive » ne peut être imposée à l'employeur. Obliger les employeurs à supporter une « certaine contrainte » permet d'atteindre l'équilibre libéral recherché par la législation sur les droits de la personne :

Il peut être idéal, du point de vue de l'employeur, de choisir une norme d'une rigidité absolue. Encore est-il que, pour être justifiée en vertu de la législation sur les droits de la personne, cette norme doit tenir compte de facteurs concernant les capacités uniques ainsi que la valeur et la dignité inhérentes de chaque personne, dans la mesure où cela n'impose aucune contrainte excessive. [*Meiorin*, par. 62]

[129] Dans leur avis concordant, les juges Moldaver et Wagner s'en remettent à la manière dont le Tribunal aborde l'accommodement raisonnable (par. 55-56). Ce faisant, ils confirment qu'il était opportun pour Elk Valley de passer outre à l'évaluation individuelle au nom de la dissuasion. Je m'inscris en faux contre cette proposition dans le contexte du droit en matière de droits de la personne.

[130] Individual assessment is foundational to the reasonable accommodation framework. By automatically terminating any employee, no matter their circumstance, for ever testing positive for drug use, whether on or off duty, Elk Valley made no effort to specifically accommodate Mr. Stewart as an individual, contrary to the guidance of this Court. Rather, Elk Valley lumped all drug users (no matter their motivation) and drug addicts (no matter their degree of addiction) into a single group to be dealt with identically and summarily, without any individual assessment.

[131] Admittedly, the Tribunal held that requiring Elk Valley to provide any further accommodation to Mr. Stewart would have amounted to undue hardship (paras. 152 and 154). However, if all of the purported accommodations provided by Elk Valley cannot qualify as accommodation in law, then the Tribunal's holding that those accommodations "constituted appropriate accommodation" (para. 152) is open to appellate intervention. In my view, the Tribunal's holding — that Elk Valley provided sufficient accommodation to Mr. Stewart — can be overturned, since, in reality, Elk Valley provided him with no accommodation at all.

(2) The Tribunal's Unreasonable Approach to Justification

[132] As with *prima facie* discrimination, although the Tribunal identified the correct test (paras. 131-33), the manner in which it applied that test, and the evidentiary foundation for its findings, both demonstrate that its holding on justification was unreasonable.

[133] Elk Valley's purported accommodation must be assessed through the lens of its procedural and substantive duties. Procedurally, the Tribunal accepted that Elk Valley had a duty to inquire as to Mr. Stewart's specific circumstances before taking adverse action against him (para. 149). Yet it is not disputed that Elk Valley did not consider Mr. Stewart's specific circumstances (the extent of

[130] L'évaluation individuelle est à la base de la structure de l'accommodement raisonnable. En congédiant automatiquement un employé, quelle que soit sa situation, qui a un jour obtenu un résultat positif à un test de dépistage pour avoir consommé de la drogue, qu'il ait été en fonction ou non, Elk Valley n'a rien fait pour composer particulièrement avec M. Stewart à titre individuel, contrairement aux directives de la Cour. Elk Valley a plutôt regroupé tous ensemble les consommateurs de drogue (quelle que soit leur motivation) et les toxicomanes (quel que soit leur degré de dépendance) pour régler leur cas de la même façon et sommairement, sans aucune évaluation individuelle.

[131] Certes, le Tribunal a jugé qu'obliger Elk Valley à fournir tout autre accommodement à M. Stewart reviendrait à lui imposer une contrainte excessive (par. 152 et 154). Toutefois, si l'ensemble des prétendus accommodements consentis par Elk Valley ne peuvent être considérés comme tels en droit, la conclusion du Tribunal selon laquelle ils [TRADUCTION] « constituaient des accommodements adéquats » (par. 152) est susceptible d'intervention en appel. À mon avis, la conclusion du Tribunal — voulant qu'Elk Valley ait offert un accommodement suffisant à M. Stewart — peut être infirmée car, dans les faits, Elk Valley ne lui a offert aucun accommodement.

(2) L'approche déraisonnable du Tribunal à l'égard de la justification

[132] Tout comme dans le cas de la discrimination *prima facie*, bien que le Tribunal ait énoncé le bon critère (par. 131-133), la façon dont il a appliqué ce critère et la preuve sur laquelle il a fondé ses conclusions démontrent toutes deux que sa conclusion relative à la justification était déraisonnable.

[133] Le prétendu accommodement offert par Elk Valley doit être apprécié sous l'angle de ses obligations procédurales et de ses obligations de fond. Sur le plan procédural, le Tribunal a reconnu qu'Elk Valley avait l'obligation de s'enquérir de la situation particulière de M. Stewart avant de prendre une mesure préjudiciable contre lui (par. 149). Pourtant, nul ne conteste qu'Elk Valley n'a pas tenu compte de la

his addiction, his employment history, his capacity for rehabilitation, etc.) before terminating his employment. The Tribunal justified Elk Valley's disregard for its procedural duty to accommodate partly on the basis that Mr. Stewart had disregarded his own duty "to request accommodation" for his disability given his "capacity" to do so (para. 149).

[134] With respect, this holding is indefensible on the record. The Policy provided pre-incident accommodation only to employees "with a dependency or addiction". As well, both experts agreed that Mr. Stewart was unaware of his drug dependence at the time of the incident (paras. 58, 61, 66 and 80). To diminish Elk Valley's duty to accommodate based on Mr. Stewart's failure to request accommodation, when that failure appears to have been symptomatic of the disability for which he was being discriminated against, was in my view unreasonable. The Court of Queen's Bench (at paras. 59, 61 and 64-65) and the dissenting judge below (at para. 138) similarly held that Mr. Stewart should not have been expected to disclose a drug dependence of which he was unaware. Bearing in mind that those suffering from addiction are routinely unaware of their drug dependence, this amounts to, in effect, removing all human rights protections for such individuals. In other words, it says: you only get human rights protections if you ask, though we know, due to your disability, that you will not.

[135] This insensitivity arises disproportionately in the context of addictions, likely because of the stigma associated with them. We would never demand that an employee with a physical disability complete an unattainable physical activity to access accommodation. Still, that is precisely what Elk Valley, in a psychological context, did to Mr. Stewart here. He could never have sought accommodation for a disability he did not know he had.

situation particulière de M. Stewart (comme l'ampleur de sa dépendance, ses antécédents de travail, sa capacité de réadaptation) avant de mettre fin à son emploi. Le Tribunal a justifié en partie l'indifférence d'Elk Valley envers son obligation procédurale d'accommodement par le fait que M. Stewart aurait lui-même fait fi de son obligation de [TRADUCTION] « demander un accommodement » pour sa déficience, vu sa « capacité » de le faire (par. 149).

[134] N'en déplaise au Tribunal, cette conclusion est indéfendable au vu du dossier. La Politique offrait un accommodement préalable à un incident uniquement aux employés [TRADUCTION] « souffrant d'une dépendance ». Les deux experts ont en outre convenu que M. Stewart n'était pas conscient de sa dépendance aux drogues au moment de l'incident (par. 58, 61, 66 et 80). Réduire l'obligation d'accommodement d'Elk Valley compte tenu de l'omission de M. Stewart de demander un accommodement, alors que cette omission semble avoir été symptomatique de la déficience pour laquelle il a été victime de discrimination, m'apparaît déraisonnable. La Cour du Banc de la Reine (aux par. 59, 61 et 64-65) et le juge dissident en Cour d'appel (au par. 138) ont pareillement estimé que l'on n'aurait pas dû s'attendre à ce que M. Stewart divulgue une dépendance aux drogues dont il n'était pas conscient. Puisque ceux et celles qui souffrent d'une dépendance aux drogues n'en sont habituellement pas conscients, cela revient, en fait, à priver ces gens de toutes les protections en matière de droits de la personne. En d'autres termes, le message est le suivant : vous n'obtiendrez les protections en matière de droits de la personne que si vous le demandez, mais nous savons qu'en raison de votre déficience, vous ne le ferez pas.

[135] Cette insensibilité est trop répandue dans le contexte des dépendances, vraisemblablement en raison de la réprobation sociale qui s'y rattache. Nous n'exigerions jamais d'un employé ayant une déficience physique de se livrer à une activité physique irréalisable pour obtenir un accommodement. Pourtant, c'est précisément ce qu'Elk Valley, dans un contexte psychologique, a fait à M. Stewart en l'espèce. Jamais n'aurait-il pu demander un accommodement à l'égard d'une déficience qu'il ignorait avoir.

[136] In any event, Mr. Stewart’s ability “to make conscious choices regarding his drug use” (Tribunal reasons, at para. 150) did not diminish Elk Valley’s duty to accommodate him. Complainants’ choices, imprudent or otherwise, do not weaken their human rights, either in law or in policy. Such an approach reverses the burden and requires that complainants avoid discrimination. In addition, it cannot be reconciled with protected grounds that may in some ways be indivisible from choice (such as “gender expression”), it contradicts this Court’s *Charter* jurisprudence linking protected grounds to conduct related to those grounds, and it blames or stigmatizes marginalized communities for their choices, counter to the remedial aims of human rights legislation.

[137] Substantively, the Tribunal accepted that Elk Valley’s duty to accommodate included “examining alternative approaches which have less discriminatory effect” (para. 150). However, the Tribunal excused Elk Valley’s failure to implement such alternatives on the basis of an unreasonable analysis. The Tribunal summarized the pre- and post-incident accommodation provided in this case as follows:

I accept that the accommodation offered through the ameliorative disclosure provisions of the Policy, the 6 month offer of reinstatement and the offer to pay a portion of the rehabilitation costs as per the termination letter, constituted appropriate accommodation in the facts of this case, to the point of undue hardship. [para. 152]

In my opinion, none of these accommodations qualifies as accommodation to Mr. Stewart as an employee. As such, it was unreasonable to hold that such accommodations reasonably discharged Elk Valley’s human rights obligations.

[136] Quoi qu’il en soit, la capacité de M. Stewart [TRADUCTION] « de faire des choix conscients au sujet de sa consommation de drogue » (motifs du Tribunal, par. 150) n’a réduit en rien l’obligation d’Elk Valley de composer avec lui. Les choix des plaignants, imprudents ou non, n’affaiblissent pas leurs droits de la personne, tant sur le plan du droit que sur celui des principes. Une telle approche inverse le fardeau de la preuve et exige des plaignants qu’ils évitent la discrimination. En outre, elle est inconciliable avec les motifs protégés qui, d’une certaine manière, peuvent être indissociables du choix (comme l’« expression du genre »), elle contredit la jurisprudence de notre Cour sur la *Charte* qui lie les motifs protégés à la conduite symptomatique de ceux-ci et elle blâme ou stigmatise les communautés marginalisées pour leurs choix contrairement aux objectifs réparateurs de la législation sur les droits de la personne.

[137] Sur le plan du fond, le Tribunal a reconnu que l’obligation d’accommodement d’Elk Valley comportait [TRADUCTION] « l’examen de solutions de rechange ayant un effet moins discriminatoire » (par. 150). Toutefois, le Tribunal a excusé l’omission d’Elk Valley de mettre en œuvre de telles solutions de rechange en se fondant sur une analyse déraisonnable. Il a résumé en ces termes l’accommodement antérieur et postérieur à un incident offert en l’espèce :

[TRADUCTION] Je reconnais que l’accommodement offert par les dispositions de la Politique relatives à la divulgation amélioratrice, l’offre de réintégration après un délai de six mois et l’offre de remboursement d’une partie des frais de réadaptation contenue dans la lettre de congédiement constituaient un accommodement approprié au vu des faits de la présente affaire qui n’imposait aucune contrainte excessive. [par. 152]

À mon avis, aucune de ces mesures d’accommodement ne peut être considérée comme un accommodement en faveur de M. Stewart à titre d’employé. Il était donc déraisonnable de conclure que ces mesures d’accommodement permettaient raisonnablement à Elk Valley de s’acquitter de ses obligations en matière de droits de la personne.

[138] The Tribunal held that Elk Valley’s pre-incident accommodation — i.e. letting employees voluntarily disclose their disability without discipline — “should be considered as part of the accommodation provided to Mr. Stewart” (para. 151). That is unsupported on the facts. Reasonable accommodation is an individual exercise, sensitive to the individual characteristics of the employee involved. The experts agreed that Mr. Stewart was unaware of his disability. It follows that Elk Valley’s pre-incident accommodation was inaccessible by him. While those accommodations may have been accessible by other employees who were aware of their disabilities, they appear not to have been accessible by Mr. Stewart, the relevant employee here. As held by the Court of Queen’s Bench below, a policy permitting voluntary disclosure by drug-dependent persons does “little if anything” for someone who is unaware of their drug dependence (para. 61).

[139] The Tribunal further held that Elk Valley’s post-incident accommodation — i.e. letting employees apply for new employment six months after their automatic termination and subsidizing their rehabilitation, if successful — “also contributes to accommodation responsibilities” (para. 151). In my view, this belies the concept of reasonable accommodation altogether. These accommodations are not only post-incident, they are also post-employment. They were triggered only after Mr. Stewart was terminated. While they may have been kind gestures, they could not discharge Elk Valley’s duty to accommodate Mr. Stewart as an employee. As a matter of fact, any stranger to this litigation would have been welcome to apply for a position with Elk Valley six months from the date of Mr. Stewart’s termination, making such accommodation rather superficial.

[138] Le Tribunal a conclu que les mesures d’accommodement d’Elk Valley préalables à un incident — c.-à-d. de laisser les employés divulguer volontairement leur déficience sans encourir de mesures disciplinaires — [TRADUCTION] « devraient être considérées comme faisant partie de l’accommodement offert à M. Stewart » (par. 151). Cela n’est pas étayé par les faits. L’accommodement raisonnable est une démarche individuelle, qui tient compte des caractéristiques individuelles de l’employé concerné. Les experts ont convenu que M. Stewart n’était pas conscient de sa déficience. Il s’ensuit que ce dernier ne pouvait se prévaloir des mesures d’accommodement d’Elk Valley préalables à un incident. Si d’autres employés, qui étaient conscients de leurs déficiences, pouvaient peut-être se prévaloir de ces mesures d’accommodement, celles-ci ne semblent pas avoir été accessibles à M. Stewart, l’employé concerné en l’espèce. Comme l’a statué la Cour du Banc de la Reine, une politique qui autorise les personnes dépendantes aux drogues à divulguer volontairement cette dépendance ne fait [TRADUCTION] « pas grand-chose » pour quelqu’un qui n’est pas conscient de sa dépendance aux drogues (par. 61).

[139] Le Tribunal a également conclu que les mesures d’accommodement d’Elk Valley postérieures à un incident — c.-à-d. de laisser les employés postuler à un nouvel emploi six mois après leur congédiement automatique et de subventionner leur réadaptation, s’ils la réussissent — [TRADUCTION] « contribuent également aux responsabilités en matière d’accommodement » (par. 151). À mon avis, cela dément la notion même d’accommodement raisonnable. Ces mesures d’accommodement sont non seulement postérieures à un incident, elles sont aussi postérieures à l’emploi. Elles ne sont entrées en jeu qu’après le congédiement de M. Stewart. Même si elles constituaient peut-être de beaux gestes, elles ne pouvaient permettre à Elk Valley de s’acquitter de son obligation de composer avec M. Stewart en tant qu’employé. En fait, toute personne étrangère au présent litige aurait pu postuler à un poste chez Elk Valley six mois après la date du congédiement de M. Stewart, ce qui rend cette mesure d’accommodement plutôt superficielle.

[140] In reality, none of the purported accommodations provided to Mr. Stewart was accessible by him during his employment. As a result, the Tribunal held that Elk Valley discharged its duty to accommodate, in effect, by providing Mr. Stewart with no accommodation at all. Such a conclusion was unreasonable. None of the accommodations provided related in any way to Mr. Stewart’s “unique capabilities and inherent worth and dignity” (*Meiorin*, at para. 62). Instead, those accommodations, with no sensitivity to the experience of those suffering from addiction, or to Mr. Stewart’s unique circumstances, guaranteed his termination in the event of a positive drug test, no matter the surrounding circumstances.

[141] I would add that the Tribunal paid no regard to the fact that the Policy actually requires individual assessment of employees who test positive for drugs, as the dissenting Court of Appeal judge observed (at paras. 139-40). In fact, the Policy reflects the individual analysis demanded by this Court’s jurisprudence. It provides that if an employee tests positive for drugs, then disciplinary action against that employee “will be based on all relevant circumstances, including . . . : (i) the employment record of the employee; (ii) the circumstances surrounding the Positive Test; (iii) the employee’s stated pattern of usage; (iv) the likelihood that the employee’s work performance has been or may be adversely affected; and (v) the importance of deterrence of such behaviour by other employees” (A.R., vol. III, at p. 16). Despite this language, none of these considerations was weighed by Elk Valley when deciding the appropriate disciplinary action to take against Mr. Stewart. Indeed, Elk Valley essentially conceded that it unilaterally imposed this policy language with no intent of ever following through on it, as Elk Valley’s fact witness explained and as the Tribunal noted (at para. 71).

[142] In *Meiorin*, this Court wrote that, for reasonable accommodation, an employer cannot choose an “uncompromisingly stringent” standard unless it

[140] En réalité, aucun des prétendus accommodements offerts à M. Stewart ne lui était accessible en cours d’emploi. Ainsi, le Tribunal a conclu qu’Elk Valley s’était acquittée de son obligation d’accommodement en ne fournissant, en fait, aucun accommodement à M. Stewart. Une telle conclusion était déraisonnable. Aucun des accommodements offerts ne concernait les « capacités uniques ainsi que la valeur et la dignité inhérentes » de M. Stewart (*Meiorin*, par. 62). Ces accommodements, lesquels ne prennent pas en compte l’expérience que vivent les personnes atteintes d’une dépendance, ou la situation unique de M. Stewart, garantissaient plutôt son congédiement s’il obtenait un résultat positif à un test de dépistage de drogues, peu importe les circonstances.

[141] J’ajouterais que le Tribunal n’a pas tenu compte du fait que la Politique requiert effectivement une évaluation individuelle des employés qui obtiennent un résultat positif à un test de dépistage de drogues, comme l’a fait observer le juge dissident en Cour d’appel (aux par. 139-140). En fait, la Politique traduit l’analyse individuelle exigée par la jurisprudence de notre Cour. Elle dispose que, si un employé obtient un résultat positif à un test de dépistage de drogues, les mesures disciplinaires prises à son endroit [TRADUCTION] « dépendront de l’ensemble des circonstances pertinentes, notamment [. . .] : (i) le dossier d’emploi de l’employé; (ii) les circonstances du résultat positif; (iii) les habitudes de consommation déclarées de l’employé; (iv) la probabilité que le rendement au travail de l’employé en ait souffert ou puisse en souffrir; (v) l’importance de la dissuasion d’un tel comportement de la part des autres employés » (d.a., vol. III, p. 16). Malgré ce libellé, aucun des éléments susmentionnés n’a été soupesé par Elk Valley lorsqu’elle a décidé de la mesure disciplinaire à prendre à l’endroit de M. Stewart. En effet, Elk Valley a essentiellement reconnu avoir unilatéralement imposé ce libellé sans jamais avoir eu l’intention d’y donner suite, comme l’a expliqué le témoin factuel d’Elk Valley et comme l’a souligné le Tribunal (au par. 71).

[142] Dans *Meiorin*, la Cour a écrit qu’en matière d’accommodement raisonnable, l’employeur ne peut choisir une norme « d’une rigidité absolue » à moins

reasonably accommodates each employee's "unique capabilities and inherent worth and dignity . . . up to the point of undue hardship" (para. 62). The implementation of the Policy in this case was based precisely, in my opinion, on such an "uncompromisingly stringent" standard. Elk Valley in no way accommodated factors relating to anything unique about Mr. Stewart, his nine years with the corporation, or his apparently clean disciplinary record.

[143] I emphasize one final point on justification. The Tribunal claimed that Elk Valley offered Mr. Stewart "the opportunity of reinstatement in 6 months under certain reasonable conditions" (para. 151). This is, with respect, incorrect. The termination letter sent to Mr. Stewart offered him "new employment" (A.R., vol. III, at p. 48); it made no representations about Mr. Stewart being "reinstated", i.e. regaining his employment with all of the benefits he accrued in his nine years with Elk Valley. Further, even if Elk Valley intended to offer reinstatement, I question the reasonableness of the Tribunal's holding that Mr. Stewart's termination was "reasonably necessary to provide a deterrent effect to drug users and drug addicts" (para. 149). If Elk Valley in fact offered reinstatement, the difference between suspending Mr. Stewart without pay subject to meeting the conditions outlined in the termination letter and terminating him subject to reinstatement if he meets those same conditions, is immaterial. The only difference is that, in the case of the suspension, Mr. Stewart is accommodated while employed, and in the case of the termination, Mr. Stewart is "accommodated" as a former employee (counter to the legal meaning of reasonable accommodation). In either case, his employment with Elk Valley six months later turns only on his successful rehabilitation. If this was the Tribunal's understanding of the termination letter, I am hard-pressed to understand how such a trivial difference could result in greater deterrence of drug use.

d'avoir raisonnablement tenu compte des « capacités uniques ainsi que [de] la valeur et [de] la dignité inhérentes » de chaque employé, « dans la mesure où cela [ne lui] impose aucune contrainte excessive » (par. 62). La mise en œuvre de la Politique en l'espèce constituait précisément, à mon avis, une norme « d'une rigidité absolue ». Elk Valley n'a aucunement tenu compte de facteurs concernant quoi que ce soit d'unique au sujet de M. Stewart, des neuf années qu'il a passées chez la société ou de son dossier disciplinaire apparemment vierge.

[143] J'insiste sur un dernier point en ce qui concerne la justification. Le Tribunal a soutenu qu'Elk Valley avait offert à M. Stewart [TRADUCTION] « la possibilité d'être réintégré dans six mois, sous réserve de certaines conditions raisonnables » (par. 151). Cela est, avec égards, inexact. La lettre de congédiement envoyée à M. Stewart lui offrait la possibilité d'un [TRADUCTION] « nouvel emploi » (d.a., vol. III, p. 48); elle ne contenait pas de déclarations à propos du fait que M. Stewart soit « réintégré », c.-à-d. qu'il retrouverait son emploi avec tous les avantages qu'il avait accumulés au cours de ses neuf années passées chez Elk Valley. De plus, même si Elk Valley comptait offrir la réintégration, je doute du caractère raisonnable de la conclusion du Tribunal selon laquelle le congédiement de M. Stewart était « raisonnablement nécessaire pour dissuader les consommateurs de drogue et toxicomanes » (par. 149). Si Elk Valley a effectivement offert à M. Stewart de le réintégrer, la différence entre le fait de suspendre M. Stewart sans traitement, sous réserve qu'il satisfasse aux conditions énoncées dans la lettre de congédiement, et le fait de le congédier, sous réserve d'une réintégration s'il satisfait aux mêmes conditions, n'a pas d'importance. La seule différence est que, dans le cas de la suspension, M. Stewart bénéficie d'un accommodement en cours d'emploi et que, dans le cas du congédiement, il bénéficie d'un « accommodement » en tant qu'ancien employé (contrairement au sens juridique de l'accommodement raisonnable). Dans les deux cas, l'obtention d'un emploi chez Elk Valley six mois plus tard dépend de la réussite de sa réadaptation. Si c'est ainsi que le Tribunal a interprété la lettre de congédiement, j'ai peine à comprendre comment une différence si négligeable peut améliorer la dissuasion à l'égard de la consommation de drogue.

[144] As the dissenting Court of Appeal judge correctly noted, “[s]uspension without pay is a significant penalty with considerable deterrent effect” (para. 136), especially if the suspension is for six months. For most persons, the deterrent effect of being suspended from work, and of receiving no salary for the duration of that suspension, is immense and should not be understated. In my view, such a harsh penalty should have been carefully considered alongside other sanctions in the context of reasonable accommodation. It was not. In the end, the only difference between Elk Valley’s chosen sanction and a lengthy unpaid suspension is Mr. Stewart’s loss of his seniority benefits, even if he successfully completed rehabilitation. One should exercise restraint when stripping away an employee’s nine years of seniority, particularly when that harsher sanction serves primarily to punish an employee for misconduct symptomatic of their disability.

#### V. Conclusion

[145] Elk Valley *prima facie* discriminated against Mr. Stewart. He was drug-dependent, and he was terminated for giving in to that dependence, an undeniable symptom of his disability. Further, Elk Valley did not reasonably accommodate Mr. Stewart. Its only accommodation during employment was letting him voluntarily disclose his disability without discipline. But he could not access this accommodation because he appears to have been unaware of his addiction; again, a symptom of his disability. As the Tribunal’s decision to the contrary on both issues was, in my assessment, unreasonable, I would have allowed the appeal.

*Appeal dismissed with costs to Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations, GASCON J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: McGown Cook, Calgary.*

[144] Comme le juge dissident de la Cour d’appel l’a souligné à juste titre, la [TRADUCTION] « [s]uspension sans traitement constitue une importante sanction qui produit un effet dissuasif considérable » (par. 136), surtout si la suspension est de six mois. Pour la plupart des gens, l’effet dissuasif d’une suspension de leur travail et de la privation de salaire pendant la durée de la suspension est immense et ne saurait être sous-estimé. À mon avis, une sanction aussi sévère aurait dû être soigneusement envisagée parallèlement à d’autres sanctions dans le contexte de l’accommodement raisonnable. Elle ne l’a pas été. En définitive, la seule différence entre la sanction choisie par Elk Valley et une longue suspension sans traitement réside dans le fait que M. Stewart perd les avantages liés à son ancienneté même s’il réussit sa réadaptation. On doit faire preuve de retenue lorsqu’il s’agit de dépouiller un employé de ses neuf années d’ancienneté, d’autant plus que cette sanction plus sévère vise principalement à punir l’employé pour une mauvaise conduite symptomatique de sa déficience.

#### V. Conclusion

[145] Elk Valley a fait preuve de discrimination *prima facie* envers M. Stewart. Ce dernier souffrait d’une dépendance aux drogues et il a été congédié pour avoir cédé à cette dépendance, un symptôme indéniable de sa déficience. De plus, Elk Valley n’a pas offert un accommodement raisonnable à M. Stewart. Le seul accommodement qui lui a été offert en cours d’emploi a été de le laisser divulguer volontairement sa déficience sans encourir de mesures disciplinaires, mais il n’a pas pu se prévaloir de cet accommodement parce qu’il semble ne pas avoir été conscient de sa dépendance, ce qui est, je le répète, un symptôme de sa déficience. Comme la décision contraire du Tribunal sur les deux questions était déraisonnable à mon sens, j’aurais accueilli le pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens en faveur d’Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations, le juge GASCON est dissident.*

*Procureurs de l’appellant : McGown Cook, Calgary.*



*Solicitors for the respondent the Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations: Gall Legge Grant & Munroe, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent the Alberta Human Rights Commission (Tribunal): Office of the Chief of the Commission and Tribunals, Calgary.*

*Solicitor for the interveners the Council of Canadians with Disabilities and the Empowerment Council: ARCH Disability Law Centre, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association, Enform Canada, the Electrical Contractors Association of Alberta, the Mining Association of Canada, the Mining Association of British Columbia, the Ontario Mining Association, the Northwest Territories and Nunavut Chamber of Mines and the Saskatchewan Mining Association: Dentons Canada, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the United Nurses of Alberta: Chivers Carpenter Lawyers, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners the Ontario General Contractors Association, the Ontario Formwork Association and the Greater Toronto Sewer and Watermain Contractors Association: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Elk Valley Coal Corporation, Cardinal River Operations : Gall Legge Grant & Munroe, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée Alberta Human Rights Commission (Tribunal) : Office of the Chief of the Commission and Tribunals, Calgary.*

*Procureur des intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences et Empowerment Council : ARCH Disability Law Centre, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association, Enform Canada, Electrical Contractors Association of Alberta, L'Association minière du Canada, Mining Association of British Columbia, Ontario Mining Association, Northwest Territories and Nunavut Chamber of Mines et Saskatchewan Mining Association : Dentons Canada, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenant United Nurses of Alberta : Chivers Carpenter Lawyers, Edmonton.*

*Procureurs des intervenantes Ontario General Contractors Association, Ontario Formwork Association et Greater Toronto Sewer and Watermain Contractors Association : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

**James Cody** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of Manitoba,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Director of Criminal and  
Penal Prosecutions and  
Criminal Lawyers' Association  
of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. CODY**

**2017 SCC 31**

File No.: 37310.

2017: April 25; 2017: June 16.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner,  
Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within a reasonable time — Pre-Jordan delay of more than five years between charges and anticipated end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — Framework for determining s. 11(b) infringement set out in Jordan applied.*

C was charged with drugs and weapons offences on January 12, 2010. His trial was scheduled to conclude on January 30, 2015. Before the commencement of his trial, C brought an application under s. 11(b) of the *Charter*, seeking a stay of proceedings due to the delay. Because the application pre-dated the release of *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, the trial judge applied the former framework set out in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. He granted the application and stayed the

**James Cody** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureure générale du Québec,  
procureur général du Manitoba,  
procureur général de la  
Colombie-Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
directeur des poursuites criminelles et pénales  
et Criminal Lawyers' Association  
of Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CODY**

**2017 CSC 31**

N° du greffe : 37310.

2017 : 25 avril; 2017 : 16 juin.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis,  
Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-  
NEUVE-ET-LABRADOR

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Écoulement avant le prononcé de l'arrêt Jordan d'un délai de plus de cinq ans entre le dépôt des accusations et la conclusion anticipée du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11(b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Application du cadre énoncé dans Jordan pour établir s'il y a eu violation de l'art. 11(b).*

C a été accusé d'infractions liées aux drogues et aux armes le 12 janvier 2010. Son procès devait se terminer le 30 janvier 2015. Avant le début de son procès, C a présenté une demande fondée sur l'al. 11(b) de la *Charte* en vue d'obtenir l'arrêt des procédures en raison du délai écoulé. Parce que la demande de C a été présentée antérieurement à l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, le juge de première instance a appliqué l'ancien cadre d'analyse énoncé dans *R. c. Morin*, [1992] 1

proceedings. A majority of the Court of Appeal applied the *Jordan* framework and allowed the appeal, set aside the stay of proceedings and remitted the matter for trial.

*Held*: The appeal should be allowed and the stay of proceedings restored.

The delay in this case was unreasonable and therefore, C's right under s. 11(b) of the *Charter* was infringed. The Court of Appeal erred in its application of *Jordan*. From the time C was charged until his five-day trial was scheduled to begin, fully five years passed. The Crown, the defence and the system each contributed to that delay. Under the *Jordan* framework, every actor in the justice system has a responsibility to ensure that criminal proceedings are carried out in a manner that is consistent with an accused person's right to a trial within a reasonable time. This framework now governs the s. 11(b) analysis and, like any of this Court's precedents, it must be followed and it cannot be lightly discarded or overruled. Properly applied, this framework provides sufficient flexibility and accounts for the transitional period of time that is required for the criminal justice system to adapt.

After the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial is calculated under the *Jordan* framework, delay attributable to the defence must be subtracted. Defence delay is divided into two components: delay waived by the defence and delay caused by defence conduct. The only deductible defence delay under the latter component is that which is solely or directly caused by the accused person and flows from defence action that is illegitimate inasmuch as it is not taken to respond to the charges. Illegitimacy in this context does not necessarily amount to professional or ethical misconduct, but instead takes its meaning from the culture change demanded in *Jordan*. The determination of whether defence conduct is legitimate is highly discretionary, and appellate courts must show a correspondingly high level of deference thereto. Defence conduct encompasses both substance and procedure — the decision to take a step, as well as the manner in which it is conducted, may attract scrutiny. To determine whether defence action is legitimately taken to respond to the charges, the circumstances surrounding the action or conduct may therefore be considered. The overall number, strength, importance, proximity to the *Jordan* ceilings, compliance with any notice or filing requirements and timeliness of defence applications may be

R.C.S. 771. Il a accueilli la demande et ordonné l'arrêt des procédures. La majorité de la Cour d'appel a appliqué le cadre d'analyse établi dans *Jordan* et a accueilli l'appel, annulé l'arrêt des procédures et renvoyé l'affaire pour qu'elle soit jugée.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli et l'arrêt des procédures est rétabli.

En l'espèce, le délai était déraisonnable et le droit garanti à C par l'al. 11b) de la *Charte* a en conséquence été violé. La Cour d'appel a mal appliqué l'arrêt *Jordan*. Entre le moment où C a été accusé et la date à laquelle son procès de cinq jours devait commencer, cinq années complètes se sont écoulées. Tant le ministère public que la défense et le système ont contribué à ce délai. Selon le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Jordan*, chaque acteur au sein du système judiciaire a la responsabilité de s'assurer que les procédures criminelles se déroulent de manière compatible avec le droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable. C'est ce cadre qui régit dorénavant l'analyse requise pour l'application de l'al. 11b) et, à l'instar des prescriptions de tout autre précédent de la Cour, il doit être suivi et il ne saurait être infirmé ou écarté à la légère. Correctement appliqué, ce cadre accorde déjà suffisamment de souplesse, en plus de prévoir la période de transition requise pour que le système de justice criminelle puisse s'adapter.

Une fois calculé le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès selon le cadre établi dans *Jordan*, il faut en soustraire le délai imputable à la défense. Le délai imputable à la défense comporte deux volets : le délai que la défense renonce à invoquer et le délai qui résulte de la conduite de cette dernière. Le seul délai imputable à la défense qui peut être déduit en vertu du deuxième volet est un délai qui est causé uniquement ou directement par l'accusé et découle d'une action prise illégitimement par la défense dans la mesure où elle ne vise pas à répondre aux accusations. Dans ce contexte, l'illégitimité d'une conduite n'équivaut pas nécessairement à une faute professionnelle ou éthique, mais tire plutôt son sens du changement de culture exigé dans *Jordan*. La détermination de la légitimité de la conduite de la défense est une décision qui présente un caractère discrétionnaire élevé et à l'égard de laquelle les tribunaux d'appel doivent faire montre d'un degré de déférence similairement élevé. La notion de conduite de la défense vise autant le fond que la procédure — la décision de prendre une mesure, ainsi que la manière dont celle-ci est exécutée, sont toutes deux susceptibles d'examen. Pour déterminer si une action de la défense a été prise légitimement en vue de répondre

relevant considerations. Irrespective of its merit, a defence action may be deemed not legitimate if it is designed to delay or if it exhibits marked inefficiency or marked indifference toward delay.

Beyond a retrospective accounting of delay, a proactive approach is required from all participants in the justice system to prevent and minimize delay. Trial judges should suggest ways to improve efficiency, use their case management powers and not hesitate to summarily dismiss applications and requests the moment it becomes apparent they are frivolous.

After defence delay has been deducted, the net delay must be compared to the applicable presumptive ceiling set out in *Jordan*. If the net delay exceeds the ceiling, then the delay is presumptively unreasonable. To rebut this presumption, the Crown must establish the presence of exceptional circumstances, which fall into two categories: discrete events and particularly complex cases. Discrete events, like defence delay, result in quantitative deductions of particular periods of time. However, case complexity requires a qualitative assessment and cannot be used to deduct specific periods of delay. Complexity is an exceptional circumstance only where the case as a whole is particularly complex. The delay caused by a single isolated step that has features of complexity should not be deducted under this category.

Transitional considerations may be taken into account as a third form of exceptional circumstances where the case was already in the system when *Jordan* was decided. Like case complexity, the transitional exceptional circumstance assessment involves a qualitative exercise. The exceptionality of the “transitional exceptional circumstance” does not lie in the rarity of its application, but rather in its temporary justification of delay that exceeds the ceiling based on the parties’ reasonable reliance on the law as it previously existed. The parties’ general level of diligence, the seriousness of the offence

aux accusations, les circonstances entourant l’action ou la conduite peuvent donc être prises en considération. Le nombre total des demandes présentées par la défense, leur solidité, leur importance, la proximité des plafonds établis dans *Jordan*, le respect de toutes les exigences en matière de préavis ou de dépôt et la présentation de ces demandes dans les délais impartis constituent autant de considérations pertinentes qui peuvent être prises en compte. Indépendamment de son bien-fondé, une action de la défense peut être considérée illégitime si elle vise à retarder l’instance ou encore si elle témoigne d’une inefficacité ou indifférence marquées à l’égard des délais.

Au-delà de la comptabilisation rétrospective du délai, il faut que toutes les personnes associées au système de justice criminelle adoptent une approche proactive afin d’empêcher de tels délais et de les réduire au minimum. Les juges de première instance devraient proposer des moyens d’instruire plus efficacement les demandes et requêtes légitimes et utiliser leurs pouvoirs de gestion des instances, et ils ne devraient pas hésiter à rejeter sommairement des demandes dès qu’il apparaît évident qu’elles sont frivoles.

Une fois que le délai imputable à la défense a été soustrait, le délai net doit ensuite être comparé au plafond présumé applicable établi dans *Jordan*. Si le délai net dépasse le plafond, il est présumé déraisonnable. Pour réfuter cette présomption, le ministère public doit établir la présence de circonstances exceptionnelles, lesquelles se divisent en deux catégories : les événements distincts et les affaires particulièrement complexes. À l’instar du délai imputable à la défense, les événements distincts donnent lieu à la déduction quantitative de certaines périodes. Cependant, la complexité d’une affaire requiert une appréciation qualitative et elle ne peut être utilisée pour déduire des portions précises du délai. La complexité ne constitue une circonstance exceptionnelle que dans les cas où l’affaire dans son ensemble est particulièrement complexe. Le délai qui a été causé par une seule étape isolée présentant des aspects complexes ne doit pas être déduit suivant cette catégorie.

Il est possible de tenir compte de considérations d’ordre transitoire comme troisième forme de circonstances exceptionnelles dans les cas où l’instance était déjà en cours lorsque l’affaire *Jordan* a été tranchée. Tout comme le critère de la complexité de l’affaire, l’application de la mesure transitoire exceptionnelle implique une appréciation qualitative. La nature exceptionnelle de la « mesure transitoire exceptionnelle » ne repose pas sur le fait qu’elle s’applique rarement, mais plutôt sur le fait qu’elle s’applique temporairement pour justifier des délais qui excèdent le plafond parce que les parties se sont

and the absence of prejudice are all factors that should be taken into consideration, as appropriate in the circumstances.

In this case, the total delay was approximately 60.5 months, from which the delay waived by C should be deducted (13 months). Then, two periods of time should be deducted as defence delay: the delay resulting from C's first change of counsel (1 month) and the delay resulting from C's recusal application (2.5 months). After accounting for these deductions, the delay is 44 months, which exceeds the 30-month ceiling set out in *Jordan* and therefore, is presumptively unreasonable.

With respect to exceptional circumstances, the following delays should be deducted as discrete events: the appointment of C's former counsel to the bench (4.5 months) and part of the delay flowing from the *McNeil* disclosure issue that arose (3 months). The net delay is therefore 36.5 months. Despite the voluminous disclosure, this does not qualify as a particularly complex case.

In light of the trial judge's findings of real and substantial actual prejudice and that C's conduct was not inconsistent with the desire for a timely trial, the Crown cannot show that the net delay was justified based on its reliance on the previous state of the law. To the contrary, the trial judge's findings under the *Morin* framework strengthen the case for a stay of proceedings. Where a balancing of factors under that framework would have weighed in favour of a stay, the Crown will rarely, if ever, be successful in justifying the delay as a transitional exceptional circumstance under the *Jordan* framework.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; **referred to:** *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; *R. v. Kutynech* (1992), 7 O.R. (3d) 277; *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Williamson*, 2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741.

raisonnablement conformées au droit tel qu'il existait auparavant. Le degré général de diligence manifesté par les parties, la gravité de l'infraction et l'absence de préjudice sont tous des facteurs qui doivent être pris en considération selon ce qui convient dans les circonstances.

En l'espèce, le délai total s'élevait à environ 60,5 mois, total dont il faut déduire la période à laquelle C a renoncé (13 mois). Il faut ensuite déduire deux autres périodes au titre des délais imputables à la défense : le délai résultant du premier changement d'avocat de C (1 mois) et le délai résultant de la demande de récusation de C (2,5 mois). Une fois ces périodes déduites, le délai s'établit à 44 mois, ce qui dépasse le délai de 30 mois établi dans *Jordan*, et constitue donc un délai présumé déraisonnable.

En ce qui a trait aux circonstances exceptionnelles, les délais suivants doivent être déduits en tant qu'événements distincts : la nomination de l'ancien avocat de C à la magistrature (4,5 mois) et une partie du délai découlant de la situation liée à la communication de la preuve suivant l'arrêt *McNeil* qui a surgi (3 mois). Le délai net est donc de 36,5 mois. Malgré la preuve volumineuse qui a été communiquée, la présente affaire ne saurait être qualifiée de particulièrement complexe.

Vu les conclusions du juge de première instance portant qu'il y a eu effectivement un préjudice réel et substantiel et que la conduite de C n'était pas incompatible avec le désir que le procès se tienne dans les meilleurs délais, le ministère public n'est pas en mesure de démontrer que le délai net était justifié parce qu'il serait conforme à l'état antérieur du droit. Au contraire, les conclusions tirées par le juge de première instance en vertu du cadre établi dans *Morin* militent plutôt en faveur de l'arrêt des procédures. Dans les cas où la mise en balance des facteurs requise par ce cadre favorise le prononcé d'un arrêt des procédures, le ministère public ne réussira que rarement, voire jamais, à justifier le délai en invoquant la mesure transitoire exceptionnelle prévue par le cadre énoncé dans *Jordan*.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; **arrêts mentionnés :** *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Kutynech* (1992), 7 O.R. (3d) 277; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(b).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, White and Hoegg J.J.A.), 2016 NLCA 57, 365 C.R.R. (2d) 111, [2016] N.J. No. 357 (QL), 2016 CarswellNfld 405 (WL Can.), setting aside the stay of proceedings entered by Burrage J., 2014 NLTD(G) 161, 359 Nfld. & P.E.I.R. 123, 1117 A.P.R. 123, [2014] N.J. No. 395 (QL), 2014 CarswellNfld 399 (WL Can.), and remitting the matter for trial. Appeal allowed.

*Michael Crystal and Frank Addario*, for the appellant.

*Croft Michaelson, Q.C.*, and *Vanita Goela*, for the respondent.

*Tracy Kozlowski*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Stéphane Rochette and Abdou Thiaw*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Ami Kotler*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Trevor Shaw*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*David A. Labrenz, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Nicolas Abran and Daniel Royer*, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions.

*Megan Savard*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, White et Hoegg), 2016 NLCA 57, 365 C.R.R. (2d) 111, [2016] N.J. No. 357 (QL), 2016 CarswellNfld 405 (WL Can.), qui a annulé l'arrêt des procédures ordonné par le juge Burrage, 2014 NLTD(G) 161, 359 Nfld. & P.E.I.R. 123, 1117 A.P.R. 123, [2014] N.J. No. 395 (QL), 2014 CarswellNfld 399 (WL Can.), et renvoyé l'affaire pour qu'elle soit jugée. Pourvoi accueilli.

*Michael Crystal et Frank Addario*, pour l'appellant.

*Croft Michaelson, c.r.*, et *Vanita Goela*, pour l'intimée.

*Tracy Kozlowski*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Stéphane Rochette et Abdou Thiaw*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

*Ami Kotler*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Trevor Shaw*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*David A. Labrenz, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Nicolas Abran et Daniel Royer*, pour l'intervenante le directeur des poursuites criminelles et pénales.

*Megan Savard*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The following is the judgment delivered by

Version française du jugement rendu par

THE COURT —

LA COUR —

### I. Introduction

### I. Introduction

[1] In *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, this Court identified a culture of complacency towards delay in the criminal justice system. This culture was fostered by doctrinal and practical difficulties plaguing the analytical framework then applicable to the right of accused persons, guaranteed under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to be tried within a reasonable time. This appeal is yet another example of why change is necessary. From the time the appellant James Cody was charged with drugs and weapons offences until his *five-day trial* was scheduled to begin (prior to the release of this Court's decision in *Jordan*), fully *five years* passed. As we will explain, the Crown, the defence and the system each contributed to that delay. This leads us to stress, as the Court did in *Jordan*, that every actor in the justice system has a responsibility to ensure that criminal proceedings are carried out in a manner that is consistent with an accused person's right to a trial within a reasonable time.

[1] Dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, la Cour a constaté l'existence d'une culture de complaisance à l'égard des délais dans le système de justice criminelle. Les difficultés sur les plans théorique et pratique qui affligeaient le cadre d'analyse alors applicable au droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti aux inculpés par l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont contribué à cette culture. Ce pourvoi illustre une fois de plus pourquoi un changement est nécessaire. Entre le moment où l'appelant James Cody a été accusé d'infractions liées aux drogues et aux armes et la date à laquelle son *procès de cinq jours* devait commencer (date antérieure à l'arrêt *Jordan* de notre Cour), *cinq années* complètes se sont écoulées. Comme nous l'expliquerons plus loin, tant le ministère public que la défense et le système ont contribué à ce délai. Cela nous amène à réitérer ce que notre Cour a précisé dans *Jordan*, à savoir que chaque acteur au sein du système judiciaire a la responsabilité de s'assurer que les procédures criminelles se déroulent de manière compatible avec le droit de l'inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable.

[2] Applying the former framework from *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, the trial judge found a breach of Mr. Cody's s. 11(b) *Charter* right, and stayed the proceedings. A majority of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal reversed his decision, and remitted the matter for trial. Mr. Cody now appeals to this Court as of right.

[2] Appliquant l'ancien cadre d'analyse établi dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, le juge de première instance a conclu à la violation du droit que l'al. 11b) de la *Charte* garantit à M. Cody, et il a ordonné l'arrêt des procédures. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ont infirmé cette décision et ont renvoyé l'affaire pour qu'elle soit jugée. M. Cody se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour.

[3] A number of the provincial Attorneys General who intervened in this matter asked this Court to modify the *Jordan* framework to provide for more flexibility in deducting and justifying delay. But *Jordan* was released a year ago. Like any of this Court's precedents, it must be followed and it cannot be lightly discarded or overruled (*Canada*

[3] Un certain nombre des procureurs généraux provinciaux qui sont intervenus ont demandé à la Cour de modifier le cadre d'analyse établi dans *Jordan* afin de permettre une plus grande souplesse dans la déduction et la justification des délais. Mais l'arrêt *Jordan* a été rendu il y a moins d'un an. À l'instar de tout autre précédent de notre Cour, cet arrêt

(*Attorney General*) v. *Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 38; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 44). The *Jordan* framework now governs the s. 11(b) analysis and, properly applied, already provides sufficient flexibility and accounts for the transitional period of time that is required for the criminal justice system to adapt.

[4] Applying that framework, we find that the delay in this case was unreasonable. The Court of Appeal erred in its application of *Jordan*. Accordingly, we would allow the appeal and restore the order of the trial judge staying the proceedings against Mr. Cody.

## II. Facts

[5] On January 12, 2010, Mr. Cody was arrested as a part of “Operation Razorback”, a drug trafficking investigation. While Mr. Cody was not a suspect in that investigation, he happened to be with a primary target at the time of that target’s arrest, and he too was arrested. A search of Mr. Cody’s vehicle uncovered half a kilogram of marijuana, a kilogram of cocaine and a stun gun.

[6] Mr. Cody was charged with two counts of possession for the purpose of trafficking, one count of possessing a prohibited weapon, and one count of possessing a weapon while being prohibited from doing so. He was released on bail the next day. A number of other people were also charged as a result of the investigation.

[7] Five months after Mr. Cody’s arrest, on June 30, 2010, the Crown indicated that it was prepared to provide disclosure. Because of the larger related investigation, disclosure was voluminous, comprising over 20,000 pages contained on two CDs. However, the Crown first required Mr. Cody’s counsel to sign an undertaking that would have

doit être suivi et il ne saurait être infirmé ou écarté à la légère (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 38; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44). C’est le cadre énoncé dans *Jordan* qui régit dorénavant l’analyse requise pour l’application de l’al. 11b) et, correctement appliqué, ce cadre accorde déjà suffisamment de souplesse, en plus de prévoir la période de transition requise pour que le système de justice criminelle puisse s’adapter.

[4] Après avoir appliqué ce cadre d’analyse, nous concluons qu’en l’espèce le délai était déraisonnable. La Cour d’appel a mal appliqué l’arrêt *Jordan*. En conséquence, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’ordonnance du juge de première instance prononçant l’arrêt des procédures engagées contre M. Cody.

## II. Faits

[5] Le 12 janvier 2010, M. Cody a été arrêté dans le cadre de l’[TRADUCTION] « Opération Razorback », une enquête en matière de trafic de drogue. Même si M. Cody n’était pas un suspect dans cette enquête, il se trouvait avec l’une des principales cibles de cette enquête lorsque cette personne a été arrêtée, et il a lui aussi été arrêté. La fouille du véhicule de M. Cody a permis d’y découvrir un demi-kilogramme de marijuana, un kilogramme de cocaïne et un pistolet à impulsion électrique.

[6] Monsieur Cody a été inculpé de deux chefs de possession en vue de trafic, d’un chef de possession d’une arme prohibée et d’un chef de possession d’une arme alors que cela lui était interdit. Il a été libéré sous caution le lendemain. Quelques autres personnes ont également été accusées par suite de l’enquête.

[7] Cinq mois après l’arrestation de M. Cody, soit le 30 juin 2010, le ministère public a fait savoir qu’il était prêt à communiquer sa preuve. En raison de l’enquête connexe plus large, la preuve qui devait être communiquée était volumineuse, soit plus de 20 000 pages figurant sur deux CD. Cependant, le ministère public a d’abord demandé à l’avocat de



prohibited the electronic copying of the two CDs. Mr. Cody's counsel refused, as did other defendants' counsel.

[8] Three months and three court appearances later, the parties remained at an impasse. Defence counsel applied to compel disclosure. The issue was referred to case management where, on September 30, 2010, a consent order was entered requiring Mr. Cody to sign his own undertaking before he could obtain a copy of the CDs. Nine months after his arrest, disclosure was released to Mr. Cody's counsel on October 18, 2010.

[9] On November 29, 2010, Mr. Cody changed counsel. This resulted in a one-month delay of his preliminary inquiry, from March 11, 2011 to April 7, 2011. A one-year period of delay extending to April 2, 2012, was then waived by Mr. Cody.

[10] On May 1, 2012, Mr. Cody's five-day trial was scheduled to begin on November 5, 2012. These dates were then reassigned for the hearing of a *Charter* application to exclude the evidence found in Mr. Cody's vehicle at the time of his arrest.

[11] On September 3, 2012, Mr. Cody's second counsel was appointed a judge of the Provincial Court. As a result, the *Charter* application dates were vacated and, following three court appearances, the application was set down for May 6, 2013. Approximately one month of this delay was waived by the defence due to a scheduling error.

[12] On the Friday before the *Charter* application was set to be heard, the Crown advised Mr. Cody's counsel that misconduct allegations had been made against one of the police officers involved in Operation Razorback. In anticipation of forthcoming disclosure concerning these allegations, pursuant to *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, the

M. Cody de signer un engagement qui aurait interdit la reproduction électronique des CD. L'avocat de M. Cody a refusé, comme l'ont fait les avocats d'autres accusés.

[8] Trois mois et trois visites au tribunal plus tard, les parties se trouvaient toujours dans une impasse. Les avocats de la défense ont demandé la communication forcée de la preuve. La question a été renvoyée en gestion d'instance, au terme de laquelle a été inscrite, le 30 septembre 2010, une ordonnance sur consentement intimant à M. Cody de signer son propre engagement afin de pouvoir obtenir une copie des CD. Neuf mois après l'arrestation de ce dernier, la preuve a été communiquée à son avocat, le 18 octobre 2010.

[9] Le 29 novembre 2010, M. Cody a changé d'avocat, ce qui a retardé d'un mois — du 11 mars 2011 au 7 avril 2011 — la tenue de son enquête préliminaire. Il a ensuite renoncé à invoquer un délai d'un an allant jusqu'au 2 avril 2012.

[10] Le 1<sup>er</sup> mai 2012, le début du procès de M. Cody — qui devait durer cinq jours — a été fixé au 5 novembre 2012. Cette période a par la suite été réservée plutôt pour l'audition d'une demande sollicitant l'exclusion, en vertu de la *Charte*, des éléments de preuve découverts dans le véhicule de M. Cody au moment de son arrestation.

[11] Le 3 septembre 2012, le deuxième avocat de M. Cody a été nommé juge de la Cour provinciale. En conséquence, les dates prévues pour l'audition de la demande fondée sur la *Charte* ont été annulées et, après trois visites au tribunal, l'audition de cette demande a été fixée au 6 mai 2013. En raison d'une erreur dans l'établissement du calendrier, la défense a renoncé à invoquer environ un mois de ce délai.

[12] Le vendredi précédant la date où devait être entendue la demande fondée sur la *Charte*, le ministère public a informé l'avocate représentant maintenant M. Cody que des allégations d'inconduite avaient été formulées contre l'un des policiers ayant participé à l'Opération Razorback. En prévision de la communication, sur la base de l'arrêt *R.*

*Charter* application was postponed. That disclosure was provided in late June 2013 and the parties were prepared to proceed by the end of that month, but the court could not accommodate a summer hearing. Because defence counsel was unavailable for September 2013, the hearing finally occurred in October 2013. Written reasons dismissing the *Charter* application were released on December 20, 2013.

[13] In January 2014, the Crown notified Mr. Cody's counsel that an agreed statement of facts used in the *Charter* application to exclude evidence had contained an error. Mr. Cody's counsel filed an application for a stay of proceedings or a mistrial, alleging a breach of his s. 7 *Charter* rights arising from the error in the agreed statement of facts. In late April 2014, that application was dismissed, the error struck from the trial judge's reasons on the initial *Charter* ruling and the *voir dire* reopened to permit Mr. Cody to cross-examine the police officer whose notes had been used to prepare the statement. At that time, Mr. Cody's counsel raised the possibility of a s. 11(b) *Charter* application, alleging a breach of Mr. Cody's right to a trial within a reasonable time. On June 26, 2014, the court confirmed its original ruling dismissing Mr. Cody's *Charter* application to exclude evidence.

[14] Mr. Cody's counsel then brought a recusal application alleging reasonable apprehension of bias. It was dismissed on September 10, 2014. Trial dates were set for January 26, 2015, but Mr. Cody's s. 11(b) *Charter* application was heard in late November 2014 and granted on December 19, 2014.

*c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, de la preuve concernant les allégations, l'audition de la demande fondée sur la *Charte* a été reportée. La preuve en question a été communiquée à la fin de juin 2013 et les parties étaient alors disposées à procéder à la fin du mois en question, mais le tribunal n'était pas en mesure de tenir une audience pendant l'été. Comme l'avocate de la défense n'était pas disponible en septembre 2013, l'audience a finalement eu lieu en octobre 2013. Les motifs écrits de la décision rejetant la demande fondée sur la *Charte* ont été déposés le 20 décembre 2013.

[13] En janvier 2014, le ministère public a avisé l'avocate de M. Cody de l'existence d'une erreur dans l'exposé conjoint des faits utilisé dans le cadre de la demande présentée en vertu de la *Charte* en vue d'obtenir l'exclusion des éléments de preuve. L'avocate de M. Cody a déposé une demande sollicitant l'arrêt des procédures ou l'annulation du procès, au motif que les droits garantis à M. Cody par l'art. 7 de la *Charte* auraient été violés en raison de l'erreur que comportait l'exposé conjoint des faits. À la fin du mois d'avril 2014, cette demande a été rejetée, l'erreur a été supprimée des motifs du juge de première instance accompagnant la décision initiale sur la demande fondée sur la *Charte*, et le voir-dire a été rouvert pour permettre à M. Cody de contre-interroger le policier dont les notes avaient été utilisées pour rédiger l'exposé. L'avocate de M. Cody a alors indiqué qu'il était possible qu'elle présente, sur la base de l'al. 11b) de la *Charte*, une demande invoquant une atteinte au droit de M. Cody d'être jugé dans un délai raisonnable. Le 26 juin 2014, le tribunal a confirmé sa décision initiale rejetant la demande d'exclusion de la preuve qu'avait présentée M. Cody en vertu de la *Charte*.

[14] Par la suite, invoquant l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, l'avocate de M. Cody a déposé une demande de récusation. Cette demande a été rejetée le 10 septembre 2014. Suivant les dates qui avaient été fixées, le procès devait commencer le 26 janvier 2015, mais la demande de M. Cody fondée sur l'al. 11b) de la *Charte* a été entendue à la fin de novembre 2014 et accueillie le 19 décembre 2014.

### III. Judgments Below

#### A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Trial Division (Burrage J.), 2014 NLTD(G) 161, 359 Nfld. & P.E.I.R. 123*

[15] Because the trial judge’s decision pre-dated the release of this Court’s reasons in *Jordan*, the trial judge applied the former *Morin* framework. He observed that the total delay from when Mr. Cody was charged to his scheduled trial date amounted to approximately 60.5 months. He allocated approximately 13 months to defence waiver, 17.5 months to inherent time requirements of the case, and 6 months to actions of Mr. Cody. This left a total of approximately 19 months of Crown and institutional delay which exceeded the *Morin* guideline of 16 to 18 months for a case tried in superior court.<sup>1</sup>

[16] Turning to the issue of prejudice, the trial judge found that Mr. Cody had suffered “real and substantial actual prejudice” (para. 191). In particular, Mr. Cody was subject to bail conditions that affected his liberty, he experienced mental distress and anxiety, and he lost his employment because of restrictions on his ability to travel. The trial judge also inferred that there could be prejudice to Mr. Cody’s fair trial interests because of the passage of time. Moreover, he found that nothing in Mr. Cody’s conduct suggested he was deliberately delaying the proceedings. Stressing the importance of a global assessment, the trial judge concluded that the prejudice suffered by Mr. Cody because of the delay outweighed society’s interest in a trial on the merits. Accordingly, he held that Mr. Cody’s

<sup>1</sup> Although it is unclear how it factored into his analysis, the trial judge separately allocated approximately 4.5 months of delay resulting from the appointment of Mr. Cody’s former counsel to the bench as “other” delay.

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Division de première instance (le juge Burrage), 2014 NLTD(G) 161, 359 Nfld. & P.E.I.R. 123*

[15] Parce que le juge de première instance a rendu sa décision avant que notre Cour ne dépose ses motifs dans l’affaire *Jordan*, il a appliqué l’ancien cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Morin*. Il a fait remarquer que le délai total qui s’était écoulé entre le dépôt des accusations contre M. Cody et la date fixée pour le procès de ce dernier était d’environ 60,5 mois. Il a attribué approximativement 13 mois à la renonciation de la défense à invoquer une portion du délai, ainsi que 17,5 mois aux délais inhérents au dossier et 6 mois aux actions de M. Cody. Il restait donc un délai total d’environ 19 mois imputable aux actions du ministère public et aux délais institutionnels. Ce délai était supérieur au délai de 16 à 18 mois que prévoyaient les lignes directrices de l’arrêt *Morin* pour un procès en cour supérieure<sup>1</sup>.

[16] Pour ce qui est de la question du préjudice, le juge de première instance a conclu que M. Cody avait subi [TRADUCTION] « effectivement un préjudice réel et substantiel » (par. 191). Plus précisément, le juge a indiqué que M. Cody était assujéti à des conditions de mise en liberté sous caution qui restreignaient sa liberté, que celui-ci souffrait de détresse psychologique et d’anxiété et qu’il avait perdu son emploi en raison des restrictions imposées à sa capacité de voyager. Le juge de première instance a également inféré que le passage du temps pourrait entraîner une atteinte au droit de M. Cody à un procès équitable. De plus, il a estimé que rien dans la conduite de M. Cody ne tendait à indiquer que ce dernier retardait délibérément l’instance. Soulignant l’importance d’une appréciation globale, le juge de

<sup>1</sup> Bien que le rôle qu’a joué la conclusion suivante dans son analyse ne soit pas clair, le juge de première instance a considéré séparément, sous la rubrique [TRADUCTION] « autre » délai, un délai d’environ 4,5 mois résultant de la nomination de l’ancien avocat de M. Cody comme juge.

right under s. 11(b) had been breached and ordered a stay of proceedings.

B. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Court of Appeal (Welsh, White (dissenting) and Hoegg J.J.A.), 2016 NLCA 57, 365 C.R.R. (2d) 111*

[17] While the Crown’s appeal from the trial judge’s stay order was under reserve, this Court released its decision in *Jordan*. Written submissions on its significance were then filed by Mr. Cody and the Crown at the Court of Appeal.

[18] The majority allowed the appeal. Applying the *Jordan* framework, it found a number of exceptional circumstances relating primarily to disclosure, the unexpected *McNeil* issue and the error in the agreed statement of facts. After accounting for these deductions, it quantified the net delay as approximately 16 months, well below the presumptive ceiling. Accordingly, it set aside the stay of proceedings and remitted the matter for trial.

[19] The dissenting judge would have upheld the stay of proceedings. Viewing the matter globally, he noted that the five years it took for a five-day trial was contrary to the s. 11(b) promise of trial within a reasonable time. He disagreed with the majority on the attribution of several periods of delay to exceptional circumstances, and he held that the transitional exceptional circumstance was not intended to justify delay that would have been unreasonable under the *Morin* framework. Ultimately, after considering defence delay and exceptional circumstances, he tallied the delay at over 39 months,

première instance a conclu que le préjudice subi par M. Cody en raison du délai écoulé l’emportait sur l’intérêt de la société à la tenue d’un procès au fond. En conséquence, il a statué qu’il y avait eu violation du droit garanti à M. Cody par l’al. 11b) et il a ordonné l’arrêt des procédures.

B. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Cour d’appel (les juges Welsh, White (dissent) et Hoegg), 2016 NLCA 57, 365 C.R.R. (2d) 111*

[17] Pendant que la Cour d’appel délibérait sur l’appel du ministère public visant l’ordonnance d’arrêt des procédures prononcée par le juge du procès, notre Cour a rendu sa décision dans *Jordan*. M. Cody et le ministère public ont par la suite déposé auprès de la Cour d’appel des observations écrites sur la portée de cet arrêt.

[18] Les juges majoritaires ont accueilli l’appel. Appliquant le cadre d’analyse établi dans *Jordan*, ils ont relevé un certain nombre de circonstances exceptionnelles concernant principalement la communication de la preuve, la situation imprévue liée à l’arrêt *McNeil* et l’erreur figurant dans l’exposé conjoint des faits. Après avoir tenu compte de ces déductions, ils ont calculé que le délai net s’établissait à environ 16 mois, délai bien inférieur au plafond présumé. Ils ont en conséquence annulé l’arrêt des procédures et renvoyé l’affaire pour qu’elle soit jugée.

[19] Le juge dissident aurait pour sa part confirmé l’arrêt des procédures. Considérant l’affaire dans son ensemble, il a souligné que le délai de cinq ans qui s’est écoulé avant qu’un procès de cinq jours ne soit mis au rôle contrevenait à la promesse formulée à l’al. 11b) concernant la tenue des procès dans un délai raisonnable. Il a exprimé son désaccord avec les juges majoritaires sur l’attribution de plusieurs portions du délai à des circonstances exceptionnelles, et il a conclu que la mesure transitoire exceptionnelle n’est pas censée être appliquée pour justifier un délai qui aurait été déraisonnable suivant

which significantly exceeded the presumptive ceiling and warranted a stay.

#### IV. Analysis

##### A. *The Jordan Framework*

[20] The new framework established in *Jordan* for analyzing whether an accused person’s right to a trial within a reasonable time has been breached centres on two presumptive ceilings: 18 months for cases tried in provincial courts and 30 months for cases tried in superior courts (*Jordan*, at para. 46).

[21] The first step under this framework entails “calculating the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial” (*Jordan*, at para. 60). In this case, an information was sworn against Mr. Cody on January 12, 2010, and his trial was scheduled to conclude on January 30, 2015. This makes the total delay approximately 60.5 months.

[22] After the total delay is calculated, “delay attributable to the defence must be subtracted” (*Jordan*, at para. 60). The result, or net delay, must then be compared to the applicable presumptive ceiling. The analysis then “depends upon whether the remaining delay — that is, the delay which was not caused by the defence — is *above* or *below* the presumptive ceiling” (*Jordan*, at para. 67 (emphasis in original)).

[23] If the net delay falls below the ceiling,

then the onus is on the defence to show that the delay is unreasonable. To do so, the defence must establish that (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, *and* (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. [Emphasis in original.]

(*Jordan*, at para. 48)

le cadre d’analyse énoncé dans *Morin*. Finalement, après avoir pris en compte les délais imputables à la défense et les circonstances exceptionnelles, il est arrivé à un délai de plus de 39 mois, délai qui dépassait considérablement le plafond présumé et commandait l’arrêt des procédures.

#### IV. Analyse

##### A. *Le cadre d’analyse établi dans Jordan*

[20] Le nouveau cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan* pour déterminer s’il y a eu atteinte au droit de l’inculpé d’être jugé dans un délai raisonnable repose sur deux plafonds présumés : 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale et 30 mois pour celles instruites devant une cour supérieure (*Jordan*, par. 46).

[21] La première étape de l’analyse prévue par ce cadre commence par le « calcul du délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès » (*Jordan*, par. 60). En l’espèce, une dénonciation a été déposée contre M. Cody le 12 janvier 2010, et, selon les dates qui avaient été fixées pour la tenue de son procès, celui-ci devait se terminer le 30 janvier 2015. Il en découle donc un délai total d’environ 60,5 mois.

[22] Une fois le délai total calculé, « il faut en soustraire le délai imputable à la défense » (*Jordan*, par. 60). Le résultat de ce calcul — ou délai net — doit ensuite être comparé au plafond présumé qui s’applique. La suite de l’analyse « dépend de la question de savoir si le reste du délai — c’est-à-dire le délai qui n’a pas été causé par la défense — se situe *au-delà* de ou *en deçà* du plafond présumé » (*Jordan*, par. 67 (en italique dans l’original)).

[23] Si le délai net est inférieur au plafond,

il incombe à la défense de démontrer le caractère déraisonnable du délai. Pour ce faire, elle doit prouver (1) qu’elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance, *et* (2) que le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être. [En italique dans l’original.]

(*Jordan*, par. 48)

[24] If the net delay exceeds the ceiling,

then the delay is presumptively unreasonable. To rebut this presumption, the Crown must establish the presence of exceptional circumstances. If it cannot, the delay is unreasonable and a stay will follow.

(*Jordan*, at para. 47)

[25] Where charges pre-date *Jordan* and the delay remains presumptively unreasonable after deducting defence delay and accounting for and considering exceptional circumstances, the Crown may nevertheless demonstrate that the transitional exceptional circumstance justifies the delay (*Jordan*, at paras. 95-96).

#### B. *Defence Delay*

[26] Defence delay is divided into two components: (1) “delay waived by the defence”; and (2) “delay that is caused solely by the conduct of the defence” (*Jordan*, at paras. 61 and 63).

##### (1) Waiver

[27] A waiver of delay by the defence may be explicit or implicit, but must be informed, clear and unequivocal (*Jordan*, at para. 61). In this case, it is undisputed that Mr. Cody expressly waived 13 months of delay. Accounting for this reduces the net delay to approximately 47.5 months.

##### (2) Delay Caused by Defence Conduct

###### (a) *Deducting Delay*

[28] In broad terms, the second component is concerned with defence conduct and is intended to prevent the defence from benefitting from “its own delay-causing action or inaction” (*Jordan*, at para. 113). It applies to any situation where the

[24] Si le délai net dépasse le plafond,

il est présumé déraisonnable. Pour réfuter cette présomption, le ministère public doit établir la présence de circonstances exceptionnelles. S’il ne peut le faire, le délai est déraisonnable et un arrêt des procédures doit suivre.

(*Jordan*, par. 47)

[25] Lorsque le dépôt des accusations est antérieur à l’arrêt *Jordan*, et que le délai est toujours présumé déraisonnable après que le délai imputable à la défense a été déduit et que les circonstances exceptionnelles ont été examinées et prises en compte, il demeure néanmoins possible au ministère public de démontrer que le délai peut être justifié par application de la mesure transitoire exceptionnelle (*Jordan*, par. 95-96).

#### B. *Délai imputable à la défense*

[26] Le délai imputable à la défense comporte deux volets : (1) « le délai que la défense renonce à invoquer » et (2) « le délai qui résulte uniquement de la conduite de cette dernière » (*Jordan*, par. 61 et 63).

##### (1) Renonciation

[27] La renonciation de la défense à invoquer une portion du délai peut être explicite ou implicite, mais elle doit être éclairée, claire et sans équivoque (*Jordan*, par. 61). Il n’est pas contesté en l’espèce que M. Cody a expressément renoncé à invoquer une période de 13 mois de délai. La prise en compte de cette renonciation réduit le délai net à environ 47,5 mois.

##### (2) Délai causé par la conduite de la défense

###### a) *Déduction du délai*

[28] En termes généraux, le deuxième volet a trait à la conduite de la défense et vise à empêcher qu’elle ne puisse tirer avantage de « sa propre action ou de sa propre inaction lorsque celle-ci a pour effet de causer un délai » (*Jordan*, par. 113). Ce

defence conduct has “solely or directly” caused the delay (*Jordan*, at para. 66).

[29] However, not all delay caused by defence conduct should be deducted under this component. In setting the presumptive ceilings, this Court recognized that an accused person’s right to make full answer and defence requires that the defence be permitted time to prepare and present its case. To this end, the presumptive ceilings of 30 months and 18 months have “already accounted for [the] procedural requirements” of an accused person’s case (*Jordan*, at para. 65; see also paras. 53 and 83). For this reason, “defence actions legitimately taken to respond to the charges fall outside the ambit of defence delay” and should not be deducted (*Jordan*, at para. 65).

[30] The only deductible defence delay under this component is, therefore, that which: (1) is solely or directly caused by the accused person; and (2) flows from defence action that is illegitimate inasmuch as it is not taken to respond to the charges. As we said in *Jordan*, the most straightforward example is “[d]eliberate and calculated defence tactics aimed at causing delay, which include frivolous applications and requests” (*Jordan*, at para. 63). Similarly, where the court and Crown are ready to proceed, but the defence is not, the resulting delay should also be deducted (*Jordan*, at para. 64). These examples were, however, just that — examples. They were not stated in *Jordan*, nor should they be taken now, as exhaustively defining deductible defence delay. Again, as was made clear in *Jordan*, it remains “open to trial judges to find that other defence actions or conduct have caused delay” warranting a deduction (para. 64).

volet s’applique à toute situation où le délai est causé « uniquement ou directement » par la conduite de la défense (*Jordan*, par. 66).

[29] Cependant, ce ne sont pas tous les délais causés par la conduite de la défense qui doivent être déduits en application de ce deuxième volet. Lorsqu’elle a fixé les plafonds présumés, la Cour a reconnu que le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière exige que la défense se voie allouer du temps pour préparer et présenter sa preuve. À cette fin, les plafonds présumés de 30 mois et de 18 mois tiennent « déjà [. . .] compte des exigences procédurales » liées à la préparation et à la présentation par l’accusé de sa cause (*Jordan*, par. 65; voir aussi les par. 53 et 83). Pour cette raison, « le temps nécessaire pour traiter les mesures prises légitimement par la défense afin de répondre aux accusations portées contre elle est exclu du délai qui lui est imputable » et ne devrait pas être déduit (*Jordan*, par. 65).

[30] Le seul délai imputable à la défense qui peut être déduit en vertu de ce volet est donc un délai qui : (1) est causé uniquement ou directement par l’accusé; et (2) découle d’une mesure prise illégitimement par la défense dans la mesure où elle ne vise pas à répondre aux accusations. Comme nous l’avons indiqué dans *Jordan*, l’exemple le plus simple d’un tel délai est le « recours délibéré de la défense à des tactiques dilatoires, notamment à des demandes frivoles » (*Jordan*, par. 63). De même, lorsque le tribunal et le ministère public sont prêts à procéder, mais que la défense ne l’est pas, le délai qui en résulte devrait également être déduit (*Jordan*, par. 64). Toutefois, ces quelques situations se voulaient uniquement des exemples — et rien d’autre. Ces exemples n’étaient pas présentés dans *Jordan* — et ne devraient pas non plus être considérés maintenant — comme ayant pour effet d’énoncer de façon exhaustive les délais imputables à la défense susceptibles d’être déduits. Encore une fois, comme il a été clairement indiqué dans l’arrêt *Jordan*, il demeure loisible au juge du procès de « conclure que d’autres mesures ou actes de la défense ont causé le délai » justifiant une déduction (par. 64).

[31] The determination of whether defence conduct is legitimate is “by no means an exact science” and is something that “first instance judges are uniquely positioned to gauge” (*Jordan*, at para. 65). It is highly discretionary, and appellate courts must show a correspondingly high level of deference thereto. While trial judges should take care to not second-guess steps taken by defence for the purposes of responding to the charges, they must not be reticent about finding defence action to be illegitimate where it is appropriate to do so.

[32] Defence conduct encompasses both substance and procedure — the decision to take a step, *as well as the manner in which it is conducted*, may attract scrutiny. To determine whether defence action is legitimately taken to respond to the charges, the circumstances surrounding the action or conduct may therefore be considered. The overall number, strength, importance, proximity to the *Jordan* ceilings, compliance with any notice or filing requirements and timeliness of defence applications may be relevant considerations. Irrespective of its merit, a defence action may be deemed not legitimate in the context of a s. 11(b) application if it is designed to delay or if it exhibits marked inefficiency or marked indifference toward delay.

[33] As well, inaction may amount to defence conduct that is not legitimate (*Jordan*, at paras. 113 and 121). Illegitimacy may extend to omissions as well as acts (see, for example in another context, *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at para. 37). Accused persons must bear in mind that a corollary of the s. 11(b) right “to be tried within a reasonable time” is the responsibility to avoid causing unreasonable delay. Defence counsel are therefore expected to “actively advanc[e] their clients’ right to a trial within a reasonable time, collaborat[e] with Crown

[31] La détermination de la légitimité de la conduite de la défense ne participe « aucunement d’une science exacte » et elle constitue une question que « les juges de première instance sont particulièrement bien placés pour juger » (*Jordan*, par. 65). Il s’agit d’une décision présentant un caractère discrétionnaire élevé, à l’égard de laquelle les tribunaux d’appel doivent faire montre d’un degré de déférence similairement élevé. Bien que les juges de première instance doivent se garder de remettre en question les mesures prises par la défense en vue de répondre aux accusations, ils ne doivent pas hésiter à conclure à l’illégitimité d’une mesure de la défense lorsqu’il y a lieu de le faire.

[32] La notion de conduite de la défense vise autant le fond que la procédure — la décision de prendre une mesure, *ainsi que la manière dont celle-ci est exécutée*, sont toutes deux susceptibles d’examen. Pour déterminer si une action de la défense a été prise légitimement en vue de répondre aux accusations, les circonstances entourant l’action ou la conduite peuvent donc être prises en considération. Le nombre total des demandes présentées par la défense, leur solidité, leur importance, la proximité des plafonds établis dans *Jordan*, le respect de toutes les exigences en matière de préavis ou de dépôt et la présentation de ces demandes dans les délais impartis constituent autant de considérations pertinentes qui peuvent être prises en compte. Indépendamment de son bien-fondé, une action de la défense peut être considérée illégitime dans le contexte d’une demande fondée sur l’al. 11b) si elle vise à retarder l’instance ou encore si elle témoigne d’une inefficacité ou indifférence marquées à l’égard des délais.

[33] L’inaction peut elle aussi constituer une conduite illégitime de la part de la défense (*Jordan*, par. 113 et 121). L’illégitimité peut s’étendre tant aux omissions qu’aux actions (voir, par exemple, dans un autre contexte, *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, par. 37). Les accusés doivent garder à l’esprit que le « droit d’être jugé dans un délai raisonnable » garanti par l’al. 11b) a pour corollaire la responsabilité d’éviter de causer un délai déraisonnable. L’avocat de la défense est donc censé « faire valoir activement les droits de son client à un procès tenu dans un délai



counsel when appropriate and . . . us[e] court time efficiently” (*Jordan*, at para. 138).

[34] This understanding of illegitimate defence conduct should not be taken as diminishing an accused person’s right to make full answer and defence. Defence counsel may still pursue all available substantive and procedural means to defend their clients. What defence counsel are not permitted to do is to engage in illegitimate conduct and then have it count towards the *Jordan* ceiling. In this regard, while we recognize the potential tension between the right to make full answer and defence and the right to be tried within a reasonable time — and the need to balance both — in our view, neither right is diminished by the deduction of delay caused by illegitimate defence conduct.

[35] We stress that illegitimacy in this context does not necessarily amount to professional or ethical misconduct on the part of defence counsel. A finding of illegitimate defence conduct need not be tantamount to a finding of professional misconduct. Instead, legitimacy takes its meaning from the culture change demanded in *Jordan*. All justice system participants — defence counsel included — must now accept that many practices which were formerly commonplace or merely tolerated are no longer compatible with the right guaranteed by s. 11(b) of the *Charter*.

(b) *Preventing Delay*

[36] To effect real change, it is necessary to do more than engage in a retrospective accounting of delay. It is not enough to “pick up the pieces once the delay has transpired” (*Jordan*, at para. 35). A proactive approach is required that prevents unnecessary delay by targeting its root causes. All participants in the criminal justice system share this responsibility (*Jordan*, at para. 137).

raisonnable, collaborer avec l’avocat du ministère public lorsque cela sera indiqué et [. . .] utiliser de façon efficace le temps du tribunal » (*Jordan*, par. 138).

[34] Il ne faudrait pas voir dans cette interprétation de la notion de conduite illégitime de la défense un amoindrissement du droit de l’accusé à une défense pleine et entière. Les avocats de la défense peuvent encore faire valoir tous les moyens de fond et de procédure à leur disposition pour défendre leurs clients. Ce qu’ils ne sont pas autorisés à faire, c’est adopter une conduite illégitime et faire ensuite compter le délai en résultant dans le calcul visant à déterminer si le plafond fixé dans *Jordan* est atteint. À cet égard, bien que nous soyons conscients de la tension potentielle entre le droit à une défense pleine et entière et le droit d’être jugé dans un délai raisonnable — ainsi que de la nécessité d’établir un juste équilibre entre ces deux droits —, nous estimons qu’aucun de ces droits n’est amoindri par la déduction d’un délai causé par une conduite illégitime de la défense.

[35] Nous tenons à souligner que, dans le contexte qui nous intéresse, l’illégitimité d’une conduite n’équivaut pas nécessairement à une faute professionnelle ou éthique de la part de l’avocat de la défense. En effet, il n’est pas nécessaire que la conduite illégitime de la défense qui a été constatée constitue une faute professionnelle. La légitimité tire plutôt son sens du changement de culture exigé dans *Jordan*. Toutes les personnes associées au système judiciaire — y compris les avocats de la défense — doivent désormais accepter que de nombreuses pratiques qui étaient auparavant courantes ou simplement tolérées ne sont plus compatibles avec le droit garanti par l’al. 11b) de la *Charte*.

b) *Prévenir le délai*

[36] Pour opérer un véritable changement, on ne peut se limiter à une comptabilisation rétrospective du délai. Il ne suffit pas de « ramasser les pots cassés une fois que le délai s’est produit » (*Jordan*, par. 35). Il faut plutôt adopter une approche proactive qui permet de prévenir les délais inutiles en s’attaquant à leurs causes profondes. Il s’agit d’une responsabilité qui incombe à toutes les personnes associées au système de justice criminelle (*Jordan*, par. 137).

[37] We reiterate the important role trial judges play in curtailing unnecessary delay and “changing courtroom culture” (*Jordan*, at para. 114). As this Court observed in *Jordan*, the role of the courts in effecting real change involves

implementing more efficient procedures, including scheduling practices. Trial courts may wish to review their case management regimes to ensure that they provide the tools for parties to collaborate and conduct cases efficiently. Trial judges should make reasonable efforts to control and manage the conduct of trials. Appellate courts must support these efforts by affording deference to case management choices made by courts below. All courts, including this Court, must be mindful of the impact of their decisions on the conduct of trials. [para. 139]

In scheduling, for example, a court may deny an adjournment request on the basis that it would result in unacceptably long delay, even where it would be deductible as defence delay.

[38] In addition, trial judges should use their case management powers to minimize delay. For example, before permitting an application to proceed, a trial judge should consider whether it has a reasonable prospect of success. This may entail asking defence counsel to summarize the evidence it anticipates eliciting in the *voir dire* and, where that summary reveals no basis upon which the application could succeed, dismissing the application summarily (*R. v. Kutynec* (1992), 7 O.R. (3d) 277 (C.A.), at pp. 287-89; *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.)). And, even where an application is permitted to proceed, a trial judge’s screening function subsists: trial judges should not hesitate to summarily dismiss “applications and requests the moment it becomes apparent they are frivolous” (*Jordan*, at para. 63). This screening function applies equally to Crown applications and requests. As a best practice, all counsel — Crown and defence

[37] Il convient de rappeler le rôle important que jouent les juges de première instance en vue de réduire les délais inutiles et de « changer la culture en salle d’audience » (*Jordan*, par. 114). Comme l’a fait observer notre Cour dans *Jordan*, pour que s’opère un véritable changement, le rôle des tribunaux consiste entre autres choses à

mettre en œuvre des procédures plus efficaces, notamment des pratiques d’établissement de calendriers pour les procès. Les tribunaux de première instance souhaiteront peut-être revoir leurs régimes de gestion des instances pour s’assurer que ceux-ci fournissent aux parties les outils nécessaires pour collaborer et mener les dossiers de façon efficace. Les juges devront en outre faire des efforts raisonnables pour diriger et gérer le déroulement des procès. Les tribunaux d’appel devront appuyer ces efforts en faisant preuve de déférence à l’égard des choix des cours de première instance en matière de gestion des instances. Enfin, tous les tribunaux, y compris la Cour, devront tenir compte de l’impact de leurs décisions sur le déroulement des procès. [par. 139]

Dans l’établissement de son calendrier d’audiences, par exemple, un tribunal peut refuser une demande d’ajournement pour le motif qu’il en résulterait un délai intolérablement long, et ce, même si cette période pourrait par ailleurs être déduite en tant que délai imputable à la défense.

[38] En outre, les juges de première instance devraient utiliser leurs pouvoirs de gestion des instances pour réduire les délais au minimum. Par exemple, avant de permettre qu’une demande soit entendue, le juge de première instance devrait se demander si elle présente des chances raisonnables de succès. À cette fin, il peut notamment demander à l’avocat de la défense de résumer la preuve qu’il prévoit présenter lors du *voir dire*, puis rejeter celle-ci sommairement si ce résumé ne révèle aucun motif qui indiquerait que la demande a des chances d’être accueillie (*R. c. Kutynec* (1992), 7 O.R. (3d) 277 (C.A.), p. 287-289; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (C.A. C.-B.)). De plus, même s’il permet que la demande soit entendue, le juge de première instance continue d’exercer sa fonction de filtrage : les juges de première instance ne devraient pas hésiter à rejeter sommairement des « demandes dès qu’il apparaît évident qu’elles sont frivoles »

— should take appropriate opportunities to ask trial judges to exercise such discretion.

[39] Trial judges should also be active in suggesting ways to improve efficiency in the conduct of legitimate applications and motions, such as proceeding on a documentary record alone. This responsibility is shared with counsel.

(c) *Application*

[40] In this case, we would deduct two periods of time as defence delay. First, it was undisputed throughout the proceedings that the delay resulting from Mr. Cody's first change of counsel should be deducted as defence delay.

[41] The second period arises from Mr. Cody's recusal application alleging reasonable apprehension of bias. The trial judge found that this application did not further Mr. Cody's right to full answer and defence and attributed the resulting 2.5 months of delay equally to the Crown and defence. On appeal, the Court of Appeal was unanimous in finding that the recusal application was meritless, frivolous or illegitimate.

[42] These latter characterizations are well founded on the record, and we agree with them. The recusal application is a clear example of frivolous and illegitimate defence conduct that directly causes delay. Indeed, it was the sort of application that, henceforward, ought to be summarily dismissed.

[43] After accounting for these two deductions, the net delay is approximately 44 months. Beyond that, the trial judge found that there was "nothing

(*Jordan*, par. 63). Cette fonction de filtrage s'applique également aux demandes présentées par le ministère public. En guise de pratique exemplaire, tous les avocats — autant les avocats du ministère public que les avocats de la défense — devraient, dans les cas indiqués, demander aux juges de première instance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire.

[39] Les juges de première instance devraient eux aussi proposer activement des moyens d'instruire plus efficacement les demandes et requêtes légitimes, par exemple en procédant sur dossier seulement. Cette responsabilité incombe également aux avocats.

c) *Application*

[40] En l'espèce, nous sommes d'avis de déduire deux périodes au titre des délais imputables à la défense. Pour ce qui est de la première période, le fait que le délai résultant du premier changement d'avocat de M. Cody devait être soustrait comme délai imputable à la défense n'a à aucun moment été contesté au cours des procédures.

[41] Pour ce qui est de la seconde période, celle-ci découle de la demande de récusation qu'a présentée M. Cody en invoquant une crainte raisonnable de partialité. Le juge de première instance a conclu que cette demande n'étayait d'aucune façon le droit de M. Cody à une défense pleine et entière, et il a réparti également entre le ministère public et la défense les 2,5 mois qui en ont résulté. En appel, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité que la demande de récusation était dénuée de fondement, frivole ou illégitime.

[42] Au vu du dossier, ces qualificatifs sont justifiés et nous y souscrivons. La demande de récusation constitue un exemple évident de conduite frivole et illégitime de la part de la défense qui entraîne directement un délai. En effet, il s'agit du genre de demandes qui, désormais, devraient être rejetées sommairement.

[43] Une fois ces deux périodes déduites, le délai net s'établit à environ 44 mois. Mis à part ces deux périodes, le juge de première instance a conclu que

in Cody's conduct to suggest that he [was] deliberately delaying matters so as to avoid a speedy trial" (para. 175). This finding is entitled to deference and we would not interfere.

### C. *Exceptional Circumstances*

[44] Because the net delay of approximately 44 months exceeds the 30-month ceiling, it is presumptively unreasonable, and it falls to the Crown to demonstrate exceptional circumstances (*Jordan*, at para. 68).

[45] Exceptional circumstances were described in *Jordan* as follows:

Exceptional circumstances lie outside the Crown's control in the sense that (1) they are reasonably unforeseen or reasonably unavoidable, and (2) Crown counsel cannot reasonably remedy the delays emanating from those circumstances once they arise. [Emphasis deleted; para. 69.]

[46] Exceptional circumstances generally fall into two categories: discrete events and particularly complex cases (*Jordan*, at para. 71). In addition, transitional considerations may be taken into account as a third form of exceptional circumstances where, as here, the case was already in the system when *Jordan* was decided (*Jordan*, at paras. 94-98).

[47] In this case, the Crown relies on each form of exceptional circumstance to argue that the delay in this case falls below the presumptive ceiling. Alternatively, the Crown asserts that any excess delay is justified as reasonable.

#### (1) Discrete Events

[48] The exceptional circumstances analysis begins with discrete events. Like defence delay, discrete events result in quantitative deductions of particular periods of time. The delay caused by discrete exceptional events or circumstances that are

[TRADUCTION] « rien dans la conduite de M. Cody ne tend à indiquer que ce dernier retard[ait] délibérément le déroulement des procédures afin d'éviter d'être jugé promptement » (par. 175). Cette conclusion commande la déférence et nous sommes d'avis de ne pas la modifier.

### C. *Circonstances exceptionnelles*

[44] Comme le délai net d'environ 44 mois dépasse le plafond de 30 mois, le délai est présumé déraisonnable et il incombe au ministère public de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles (*Jordan*, par. 68).

[45] Les circonstances exceptionnelles envisagées ont été définies ainsi dans *Jordan* :

Des circonstances exceptionnelles sont des circonstances indépendantes de la volonté du ministère public, c'est-à-dire (1) qu'elles sont raisonnablement imprévues ou raisonnablement évitables, et (2) que l'avocat du ministère public ne peut raisonnablement remédier aux délais lorsqu'ils surviennent. [Italiques omis; par. 69.]

[46] Les circonstances exceptionnelles se divisent généralement en deux catégories : les événements distincts et les affaires particulièrement complexes (*Jordan*, par. 71). En outre, il est possible de tenir compte de considérations d'ordre transitoire comme troisième forme de circonstances exceptionnelles dans les cas où, comme celui qui nous occupe, l'instance était déjà en cours lorsque l'affaire *Jordan* a été tranchée (*Jordan*, par. 94-98).

[47] En l'espèce, le ministère public invoque chacune des formes de circonstances exceptionnelles au soutien de sa prétention que le délai est inférieur au plafond présumé. Subsidiairement, il plaide que si le délai excède ce plafond, il est néanmoins justifié au motif qu'il est raisonnable.

#### (1) Événements distincts

[48] L'analyse des circonstances exceptionnelles débute par l'examen des événements distincts. À l'instar du délai imputable à la défense, les événements distincts donnent lieu à la déduction quantitative de certaines périodes. Le délai causé par

reasonably unforeseeable or unavoidable is deducted to the extent it could not be reasonably mitigated by the Crown and the justice system (*Jordan*, at paras. 73 and 75).

[49] Mr. Cody concedes that his former counsel's appointment to the bench qualifies as an unavoidable discrete event, and that the 4.5 months of resultant delay should be deducted. This leaves a net delay of approximately 39.5 months.

[50] Beyond this, there are three specific time periods in this case which the Crown submits engage the discrete events category of exceptional circumstances.

(a) *Undertaking Dispute (July 8 to October 18, 2010)*

[51] The Crown says that the dispute over defence counsel's refusal to sign a disclosure undertaking was a discrete event. Requiring disclosure undertakings has been standard practice for decades, it says, and counsel's refusal to sign was unforeseeable.

[52] Even had this event been reasonably unforeseeable, it was incumbent upon the Crown to take immediate steps to resolve the undertaking dispute. Instead, resolution required three further court appearances, the filing of a series of superior court applications, and 3.5 months of accrued delay. We defer to the trial judge's finding that "it was the Crown's refusal to release the disclosure that pushed the delay beyond what might otherwise be viewed as reasonable" (para. 187). The Crown cannot satisfy the second prong of the test for exceptional circumstances. Accordingly, this period cannot be deducted.

des circonstances ou événements exceptionnels distincts qui sont raisonnablement imprévisibles ou inévitables est déduit dans la mesure où il ne pouvait raisonnablement être réduit par le ministère public et le système judiciaire (*Jordan*, par. 73 et 75).

[49] Monsieur Cody concède que la nomination de son ancien avocat à la magistrature constitue un événement distinct inévitable et que la période de 4,5 mois qui en a résulté devrait être déduite, ce qui laisse un délai net d'environ 39,5 mois.

[50] Outre ce qui précède, il y a en l'espèce trois périodes qui, de l'avis du ministère public, relèvent de la catégorie de circonstances exceptionnelles que constituent les événements distincts.

a) *Le différend concernant l'engagement (8 juillet au 18 octobre 2010)*

[51] Selon le ministère public, le différend concernant le refus de l'avocat de la défense de signer un engagement relatif à la communication de la preuve constituait un événement distinct. Le ministère public affirme que le fait d'exiger des engagements en la matière est une pratique courante depuis des décennies et que le refus de l'avocat de signer un tel engagement était imprévisible.

[52] Même si cet événement avait été raisonnablement imprévisible, il incombait au ministère public d'agir sur-le-champ pour régler le différend concernant l'engagement. Toutefois, il aura plutôt fallu trois déplacements additionnels devant les tribunaux, le dépôt d'une série de demandes en cour supérieure et une période de 3,5 mois pour résoudre ce différend. Nous faisons nôtre la conclusion du juge de première instance selon laquelle [TRADUCTION] « c'est le refus du ministère public de communiquer la preuve qui a prolongé le délai au-delà de ce qui pourrait autrement être considéré comme raisonnable » (par. 187). Comme le ministère public n'est pas en mesure de satisfaire au deuxième volet de la définition des circonstances exceptionnelles, cette période ne peut en conséquence être déduite.

(b) *McNeil Disclosure (May 6 to October 8, 2013)*

[53] The next disputed period is the five months of delay flowing from the *McNeil* disclosure issue that came to light on May 3, 2013, on the eve of the defence's scheduled *Charter* application to exclude evidence.

[54] We agree with the Crown that the emergence of this new disclosure obligation qualified as a discrete event, and would deduct a portion of the delay that followed. It was reasonably unavoidable and unforeseeable, and the Crown acted responsibly in making prompt disclosure, following up as the matter proceeded, and seeking the next earliest available dates. The Crown may have been able to take additional steps, such as disavowing any reliance on the officer's evidence or tendering it through an agreed statement of facts. However, the requirement is that of reasonableness: the Crown need not exhaust every conceivable option for redressing the event in question to satisfy the reasonable diligence requirement.

[55] That said, we would not deduct the entire five months for this event. Two months, specifically the time it took for the Crown and defence to be prepared to proceed (until late June 2013), should be deducted. However, the court was unable to accommodate them until September — that portion of delay was therefore a product of systemic limitations in the court system and not of the discrete event (*Jordan*, at para. 81) and therefore those months should not be deducted. Then, because defence counsel was unavailable in September, the matter was put over until October 2013. As this one month of delay was caused by defence counsel's unavailability (*Jordan*, at para. 64), and not by the preparation time necessary to respond to the charges (*Jordan*, at para. 65), it should be deducted.

b) *Communication de la preuve suivant l'arrêt McNeil (6 mai au 8 octobre 2013)*

[53] La période litigieuse suivante est le délai de cinq mois découlant de la situation liée à la communication de la preuve suivant l'arrêt *McNeil* qui a surgi le 3 mai 2013, la veille de la date prévue pour l'audition de la demande présentée par la défense en vertu de la *Charte* en vue d'obtenir l'exclusion de la preuve.

[54] Nous convenons avec le ministère public que cette soudaine obligation liée à la communication de la preuve a constitué un événement distinct et nous déduirions une partie du délai qui en a découlé. Cet événement était raisonnablement inévitable et imprévisible, et le ministère public a agi de manière responsable en communiquant promptement la preuve, en assurant le suivi alors que l'affaire suivait son cours et en demandant les prochaines dates disponibles les plus rapprochées possible. Le ministère public aurait peut-être pu prendre des mesures additionnelles, par exemple renoncer entièrement à utiliser la preuve émanant de l'agent ou soumettre cette preuve au moyen d'un énoncé conjoint des faits. Toutefois, le critère applicable est la raisonnablement : pour satisfaire à l'obligation de diligence raisonnable, le ministère public n'a pas à épuiser toutes les solutions imaginables en vue de remédier à l'événement en question.

[55] Cela dit, nous ne déduirions pas toute la période de cinq mois à l'égard de cet événement. Une période de deux mois, c'est-à-dire précisément le temps qu'il a fallu au ministère public et à la défense pour être prêts à procéder (vers la fin de juin 2013), devrait être déduite. Toutefois, le tribunal n'étant pas en mesure de les entendre avant septembre, un délai additionnel de deux mois a donc résulté de limites systémiques de l'appareil judiciaire, et non de l'événement distinct en question (*Jordan*, par. 81), et ces deux autres mois ne devraient en conséquence pas être déduits. Ensuite, étant donné que l'avocate de la défense n'était pas disponible en septembre, l'affaire a été repoussée en octobre 2013. Comme ce délai d'un mois a été causé par l'indisponibilité de l'avocate de la défense (*Jordan*, par. 64), et non par le temps de préparation nécessaire pour répondre aux accusations (*Jordan*, par. 65), il doit être déduit.

[56] Accounting for each of these periods, we would deduct three months of delay in connection with the *McNeil* discrete event, reducing the net delay to approximately 36.5 months.

(c) *Error in Agreed Statement of Facts (January 30 to September 10, 2014)*

[57] The final period we are urged to consider as a discrete event is the delay resulting from the error in the agreed statement of facts. We have already deducted the 2.5 months taken for the recusal application that flowed from this error as defence delay. The Crown submits that the remaining five months of delay should be deducted based on a discrete exceptional event or circumstance.

[58] In principle, an inadvertent oversight may well qualify as a discrete event. The first prong of the test for exceptional circumstances requires only that the event at issue be *reasonably* unforeseeable or *reasonably* unavoidable. It does not impose a standard of perfection upon the Crown. As this Court observed in *Jordan*, “[t]rials are not well-oiled machines” (para. 73). Mistakes happen. Indeed, they are an inevitable reality of a human criminal justice system and can lead to exceptional and reasonably unavoidable delay that should be deducted for the purpose of s. 11(b).

[59] The question under the second prong of the test is whether the Crown took reasonable steps to remediate the error and minimize delay. The Crown “is not required to show that the steps it took were ultimately successful — rather, just that it took reasonable steps in an attempt to avoid the delay” (*Jordan*, at para. 70). Upon discovering the error, the Crown promptly notified defence counsel and

[56] Après avoir considéré chacune de ces périodes, nous sommes d’avis de déduire trois mois pour l’événement distinct lié à l’arrêt *McNeil*, ce qui a pour effet de réduire le délai net à environ 36,5 mois.

c) *L’erreur figurant dans l’énoncé conjoint des faits (30 janvier au 10 septembre 2014)*

[57] La dernière période que l’on nous demande de considérer comme un événement distinct est le délai découlant de l’erreur figurant dans l’énoncé conjoint des faits. Nous avons déjà déduit les 2,5 mois consacrés à la demande de récusation qui a découlé de cette erreur en tant que délai imputable à la défense. Le ministère public soutient que les cinq mois qui restent devraient être déduits en tant que circonstance ou événement exceptionnel distinct.

[58] En principe, un oubli involontaire peut fort bien constituer un événement distinct. Le premier volet de la définition des circonstances exceptionnelles requiert uniquement que l’événement en cause ait été *raisonnablement* imprévisible ou *raisonnablement* inévitable. Il n’impose pas au ministère public le respect d’une norme de perfection. Comme l’a fait remarquer notre Cour dans *Jordan*, « [l]es procès ne constituent pas des machines bien huilées » (par. 73). Des erreurs surviennent. D’ailleurs, les erreurs sont une réalité inévitable dans un système de justice criminelle dirigé par des êtres humains, et ces erreurs peuvent entraîner des délais exceptionnels et raisonnablement inévitables qui devraient être déduits dans l’analyse requise pour l’application de l’al. 11b).

[59] La question à laquelle il faut répondre dans le cadre du deuxième volet de la définition des circonstances exceptionnelles consiste à se demander si le ministère public a pris des mesures raisonnables pour remédier à l’erreur et réduire les délais au minimum. Le ministère public « n’est pas tenu de démontrer que les mesures qu’il a prises ont été couronnées de succès — il doit plutôt uniquement

the court and maintained that the error was immaterial. Nevertheless, 7.5 months of delay ensued.

[60] These events illustrate the failings of the pre-*Jordan* culture under which the parties operated. We expect that an issue of this nature could, and should, be resolved in short order — perhaps even in a single day. For example, the source of the error could be identified and examined to confirm that it was inadvertent and innocuous. The summary dismissal procedure described above could then be applied to dispose of any further baseless applications. For progress to be realized, parties and courts must be vigilant to prevent proceedings from being derailed by discrete and relatively minor diversions of this nature, which will inevitably continue to arise.

[61] On the record before us, we are unable to conclude that the exceptional circumstances criteria were met in this case. Because the trial judge did not turn his mind to the issue of whether the error was reasonably unavoidable, his findings are not helpful in this regard. In any event, the deduction of this entire period would not reduce the net delay to below the ceiling.

(d) *Conclusion*

[62] In sum, after accounting for discrete events, the net delay in this case of approximately 36.5 months remains above the ceiling and presumptively unreasonable. We therefore turn to consider whether the time this case took was justified based on case complexity or transitional considerations.

établir qu'il a pris des mesures raisonnables pour éviter le délai » (*Jordan*, par. 70). En l'espèce, après avoir découvert l'erreur, le ministère public en a avisé promptement l'avocate de la défense ainsi que le tribunal, et il a soutenu que l'erreur était sans importance. Le tout a néanmoins entraîné un délai de 7,5 mois.

[60] Les événements susmentionnés illustrent les failles de la culture dans laquelle évoluaient les parties avant l'arrêt *Jordan*. Nous croyons qu'une question de cette nature peut, et doit, être résolue dans les meilleurs délais, peut-être même en une seule journée. Par exemple, la source de l'erreur pourrait être déterminée et examinée afin de confirmer qu'il s'agit d'une erreur anodine, commise par inadvertance. La procédure de rejet sommaire pourrait ensuite être appliquée pour écarter toute demande ultérieure dénuée de fondement. Pour que les choses s'améliorent, les parties et les tribunaux doivent faire montre de vigilance afin d'éviter que le procès ne déraile en raison de distractions distinctes et relativement mineures de cette nature, distractions qui continueront inévitablement de se produire.

[61] À la lumière du dossier qui nous a été soumis, il nous est impossible de conclure que les critères définissant les circonstances exceptionnelles sont réunis en l'espèce. Comme le juge de première instance ne s'est pas penché sur la question de savoir si l'erreur était raisonnablement inévitable, ses conclusions ne sont pas utiles relativement à cette question. De toute façon, le fait de déduire l'ensemble de cette période ne réduirait pas le délai sous le plafond applicable.

d) *Conclusion*

[62] En résumé, une fois qu'il a été tenu compte des événements distincts, le délai net d'environ 36,5 mois constaté en l'espèce demeure supérieur au plafond et il est toujours présumé déraisonnable. En conséquence, nous allons maintenant nous demander si la durée de l'affaire était justifiée eu égard à sa complexité ou à des considérations d'ordre transitoire.



(2) Particularly Complex Cases

[63] The second category of exceptional circumstances is concerned with particularly complex cases. The presumptive ceilings set in *Jordan* already reflect the “increased complexity of criminal cases since *Morin*”, including the emergence of “[n]ew offences, procedures, obligations on the Crown and police, and legal tests” (*Jordan*, at paras. 42 and 53). However, particularly complex cases may still justifiably exceed the presumptive ceilings.

[64] Unlike defence delay and discrete events, case complexity requires a qualitative, not quantitative, assessment. Complexity is an exceptional circumstance only where the case as a whole is particularly complex. Complexity cannot be used to deduct specific periods of delay. Instead, once any applicable quantitative deductions are made, and where the net delay still exceeds the presumptive ceiling, the case’s complexity as a whole may be relied upon to justify the time that the case has taken and rebut the presumption that the delay was unreasonable (*Jordan*, at para. 80).<sup>2</sup> A particularly complex case is one that “because of the nature of the evidence or the nature of the issues, require[s] an inordinate amount of trial or preparation time” (*Jordan*, at para. 77 (emphasis deleted)). When determining whether a case’s complexity is sufficient to justify its length, trial judges should consider whether the net delay is reasonable in view of the case’s overall complexity. This is a determination that falls well within the expertise of a trial judge (*Jordan*, at para. 79).

<sup>2</sup> To be clear, once a period of delay has been deducted as defence delay or a discrete event, it should not be double-counted by taking it into account when assessing case complexity.

(2) Affaires particulièrement complexes

[63] La seconde catégorie de circonstances exceptionnelles concerne les affaires particulièrement complexes. Les plafonds présumés qui ont été fixés dans *Jordan* tiennent déjà compte de la « complexité accrue des affaires criminelles depuis *Morin* », notamment l’émergence de « nouvelles infractions, procédures, obligations imposées au ministère public et à la police ainsi que de nouveaux tests juridiques » (*Jordan*, par. 42 et 53). Cela dit, il peut arriver que, dans des affaires particulièrement complexes, les délais excèdent les plafonds présumés mais soient néanmoins justifiés.

[64] Contrairement aux délais imputables à la défense et aux événements distincts, la question de la complexité d’une affaire requiert une appréciation qualitative plutôt que quantitative. La complexité ne constitue une circonstance exceptionnelle que dans les cas où l’affaire dans son ensemble est particulièrement complexe. Elle ne peut être utilisée pour déduire des portions précises du délai. Au contraire, une fois effectuées toutes les déductions d’ordre quantitatif applicables, si le délai net continue d’excéder le plafond présumé, il est alors possible d’invoquer la complexité de l’affaire dans son ensemble pour justifier sa durée et réfuter la présomption que le délai était déraisonnable (*Jordan*, par. 80)<sup>2</sup>. Constitue une affaire particulièrement complexe une affaire qui, « eu égard à la nature de la preuve ou des questions soulevées, exig[e] un procès ou une période de préparation d’une durée exceptionnelle » (*Jordan*, par. 77 (italiques omis)). Le juge de première instance qui est appelé à décider si la complexité d’une affaire suffit pour justifier sa durée doit se demander si le délai net est raisonnable compte tenu de la complexité globale de cette affaire. Une telle décision relève entièrement de l’expertise des juges de première instance (*Jordan*, par. 79).

<sup>2</sup> Il convient toutefois de préciser qu’une période qui a déjà été déduite en tant que délai imputable à la défense ou événement distinct ne doit pas être prise en considération dans l’appréciation de la complexité de l’affaire et ainsi être comptée deux fois.

[65] In this case, the Crown argues that four months of delay should be deducted as an exceptional circumstance based on the complexity as demonstrated by the voluminous disclosure. The majority of the Court of Appeal agreed. This approach, however, is inconsistent with a qualitative assessment of case complexity. The delay caused by a single isolated step that has features of complexity should not have been deducted. While voluminous disclosure is a hallmark of particularly complex cases, its presence is not automatically demonstrative of complexity.<sup>3</sup> The question is whether *the case* is sufficiently complex “such that the delay is justified” (*Jordan*, at para. 77). Here, there was extensive disclosure. However, the balance of the proceedings appear to have been relatively straightforward. In our view, even after accounting for the voluminous disclosure, this does not qualify as a particularly complex case.

[66] Nevertheless, as the charges in this case arose before this Court’s decision in *Jordan*, it remains to be seen whether the transitional exceptional circumstance may justify the delay.

#### D. *The Transitional Exceptional Circumstance*

[67] The new framework in *Jordan* applies to cases already in the system (*Jordan*, at para. 95). However, in some cases, the transitional exceptional circumstance may justify a presumptively unreasonable delay where the charges were brought prior to the release of *Jordan* (*Jordan*, at para. 96). This should be the final step in the analysis, taken only where, as here, the deduction of discrete events does not reduce the delay below the presumptive ceiling

<sup>3</sup> This does not preclude the possibility that a discrete exceptional event or circumstance related to disclosure could qualify as a “discrete event” within the *Jordan* framework.

[65] Dans la présente affaire, le ministère public fait valoir qu’une période de quatre mois devrait être déduite en tant que circonstance exceptionnelle vu la complexité de l’affaire, complexité que démontre la preuve volumineuse qui a été communiquée. En Cour d’appel, les juges de la majorité ont retenu cet argument. Cependant, cette conclusion est incompatible avec une appréciation qualitative de la complexité de l’affaire. Le délai qui a été causé par une seule étape isolée présentant des aspects complexes n’aurait pas dû être déduit. Bien qu’une preuve volumineuse à communiquer constitue un aspect caractéristique des affaires particulièrement complexes, la présence d’une telle preuve ne démontre pas automatiquement qu’une affaire est complexe<sup>3</sup>. La question consiste plutôt à déterminer si *l’affaire* est suffisamment complexe, « si bien que le délai est justifié » (*Jordan*, par. 77). En l’espèce, une preuve considérable a effectivement été communiquée, mais le reste de l’instance semble avoir été relativement simple. À notre avis, même en tenant compte de la preuve volumineuse qui a été communiquée, la présente affaire ne saurait être qualifiée de particulièrement complexe.

[66] Néanmoins, comme les accusations qui ont été portées en l’espèce l’ont été avant la décision de notre Cour dans l’affaire *Jordan*, il reste à se demander si le délai peut être justifié par l’application de la mesure transitoire exceptionnelle.

#### D. *La mesure transitoire exceptionnelle*

[67] Le nouveau cadre d’analyse établi dans *Jordan* s’applique aux affaires déjà en cours (*Jordan*, par. 95). Cependant, un délai présumé déraisonnable peut dans certains cas être justifié en invoquant la mesure transitoire exceptionnelle, lorsque les accusations ont été déposées avant le prononcé de l’arrêt *Jordan* (*Jordan*, par. 96). Il devrait s’agir de la dernière étape de l’analyse et on ne devrait y recourir que dans les cas où, comme en l’espèce, la déduction

<sup>3</sup> Cela n’écarte pas la possibilité que des circonstances ou événements exceptionnels distincts liés à la communication de la preuve puissent constituer un « événement distinct » suivant le cadre établi dans *Jordan*.

and excess delay cannot be justified based on case complexity.

[68] Like case complexity, the transitional exceptional circumstance assessment involves a qualitative exercise. It recognizes “the fact that the parties’ behaviour cannot be judged strictly, against a standard of which they had no notice” and that “change takes time” (*Jordan*, at paras. 96-97). The Crown may rely on the transitional exceptional circumstance if it can show that “the time the case has taken is justified based on the parties’ reasonable reliance on the law as it previously existed” (*Jordan*, at para. 96). Put another way, the Crown may show that it cannot be faulted for failing to take further steps, because it would have understood the delay to be reasonable given its expectations prior to *Jordan* and the way delay and the other factors such as the seriousness of the offence and prejudice would have been assessed under *Morin*.

[69] To be clear, it is presumed that the Crown and defence relied on the previous law until *Jordan* was released. In this regard, the exceptionality of the “transitional exceptional circumstance” does not lie in the rarity of its application, but rather in its temporary justification of delay that exceeds the ceiling based on the parties’ reasonable reliance on the law as it previously existed (*Jordan*, at para. 96). The transitional exceptional circumstance should be considered in cases that were in the system before *Jordan*. The determination of whether delay in excess of the presumptive ceiling is justified on the basis of reliance on the law as it previously existed must be undertaken contextually and with due “sensitiv[ity] to the manner in which the previous framework was applied” (*Jordan*, at paras. 96 and 98). Under the *Morin* framework, prejudice and seriousness of the offence “often played a decisive role in whether delay was unreasonable” (*Jordan*, at para. 96). Additionally, some jurisdictions are plagued with significant and notorious institutional

de périodes liées à des événements distincts ne réduit pas le délai sous le plafond présumé, et où un délai supérieur au plafond ne peut être justifié sur la base de la complexité de l’affaire.

[68] Tout comme le critère de la complexité de l’affaire, l’application de la mesure transitoire exceptionnelle implique une appréciation qualitative, qui tient compte du « fait que la conduite des parties ne peut être jugée rigoureusement en fonction d’une norme dont elles n’avaient pas connaissance » et qu’il « faut du temps pour implanter des changements » (*Jordan*, par. 96-97). Le ministère public ne peut invoquer la mesure transitoire exceptionnelle que s’il est capable d’établir que « le temps qui s’est écoulé est justifié du fait que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu’il existait au préalable » (*Jordan*, par. 96). Autrement dit, il est permis au ministère public de démontrer qu’on ne peut lui reprocher de ne pas avoir pris de mesures additionnelles, étant donné que le délai lui apparaissait raisonnable eu égard à sa compréhension du droit avant *Jordan* et à la manière dont ce délai et d’autres facteurs tels la gravité de l’infraction et le préjudice étaient évalués suivant l’arrêt *Morin*.

[69] Il importe de préciser que le ministère public et la défense sont présumés s’être fiés sur le droit antérieur à l’arrêt *Jordan*. À cet égard, la nature exceptionnelle de la « mesure transitoire exceptionnelle » ne repose pas sur le fait qu’elle s’applique rarement, mais plutôt sur le fait qu’elle s’applique temporairement pour justifier des délais qui excèdent le plafond parce que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu’il existait auparavant (*Jordan*, par. 96). En effet, la mesure transitoire exceptionnelle doit être considérée dans les affaires qui étaient en cours avant *Jordan*. L’examen de la question de savoir si un délai excédant le plafond présumé est justifié pour cette raison doit être réalisé contextuellement et en tenant compte comme il se doit de « la manière dont l’ancien cadre a été appliqué » (*Jordan*, par. 96 et 98). Suivant le cadre qui avait été établi dans l’arrêt *Morin*, le préjudice subi et la gravité de l’infraction « ont souvent joué un rôle décisif dans la décision quant au caractère raisonnable du délai » (*Jordan*,

delays, which was considered under *Morin* as well (*Jordan*, at para. 97; *Morin*, at pp. 799-800). For cases currently in the system, these considerations can inform whether any excess delay may be justified as reasonable (*Jordan*, at para. 96).

[70] It is important to clarify one aspect of these considerations. This Court's decision in *R. v. Williamson*, 2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741, should not be read as discounting the important role that the seriousness of the offence and prejudice play under the transitional exceptional circumstance. The facts of *Williamson* were unusual, in that it involved a straightforward case and an accused person who made repeated efforts to expedite the proceedings, which efforts stood in contrast with the Crown's indifference (paras. 26-29). Therefore, despite the seriousness of the offence and the absence of prejudice, the delay exceeding the ceiling could not be justified under the transitional exceptional circumstance. This highlights that the parties' general level of diligence may also be an important transitional consideration. But the bottom line is that all of these factors should be taken into consideration as appropriate in the circumstances.

[71] When considering the transitional exceptional circumstance, trial judges should be mindful of what portion of the proceedings took place before or after *Jordan* was released. For aspects of the case that pre-dated *Jordan*, the focus should be on reliance on factors that were relevant under the *Morin* framework, including the seriousness of the offence and prejudice. For delay that accrues after *Jordan* was released, the focus should instead be on the extent to which the parties and the courts had sufficient time to adapt (*Jordan*, at para. 96).

par. 96). En outre, certaines juridictions sont aux prises avec des délais institutionnels considérables et connus, facteur qui était également considéré dans le cadre prévu par l'arrêt *Morin* (*Jordan*, par. 97; *Morin*, p. 799-800). Pour les causes en cours d'instance, ces considérations peuvent aider à déterminer si, dans un cas donné, un délai supérieur au plafond peut être justifié et qualifié de raisonnable (*Jordan*, par. 96).

[70] Il est important de clarifier un aspect de ces considérations. La décision de notre Cour dans *R. c. Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741, ne doit pas être considérée comme ayant pour effet d'écartier le rôle important que jouent la gravité de l'infraction et le préjudice subi dans l'application de la mesure transitoire exceptionnelle. Les faits en cause dans *Williamson* étaient inusités, en ce qu'il s'agissait d'une affaire simple, où les efforts répétés de l'accusé pour accélérer l'instance contrastaient avec l'indifférence manifestée par le ministère public (par. 26-29). En conséquence, malgré la gravité de l'infraction et l'absence de préjudice, le délai supérieur au plafond ne pouvait être justifié en appliquant la mesure transitoire exceptionnelle. Cette situation illustre bien le fait que le degré général de diligence dont ont fait preuve les parties peut aussi s'avérer une considération d'ordre transitoire importante. Mais, en définitive, cela signifie que tous ces facteurs doivent être pris en considération selon ce qui convient dans les circonstances.

[71] Lorsqu'ils se penchent sur l'application de la mesure transitoire exceptionnelle, les juges de première instance doivent garder à l'esprit les portions de l'instance qui se sont déroulées, selon le cas, avant ou après l'arrêt *Jordan*. Pour ce qui est des aspects de l'affaire survenus avant *Jordan*, il importe de s'attacher aux facteurs qui étaient pertinents pour l'application du cadre établi dans *Morin*, y compris la gravité de l'infraction et le préjudice subi. Pour la partie du délai qui s'écoule après le prononcé de *Jordan*, il faut plutôt s'attacher à la question de savoir si les parties et les tribunaux ont disposé de suffisamment de temps pour s'adapter (*Jordan*, para. 96).

[72] In this case, the entire proceedings at trial pre-dated the release of *Jordan*. The Crown must therefore show that the 36.5 months of net delay was justified in light of its reliance on the previous state of the law under *Morin*.

[73] The charges in this case were serious. In our view, however, this consideration is overcome by the trial judge's findings of "real and substantial actual prejudice" (para. 191). The trial judge also made an express finding that Mr. Cody's conduct was not "inconsistent with the desire for a timely trial" (para. 175).

[74] In light of these findings, the Crown cannot show that the 36.5 months of net delay in this case was justified based on its reliance on the previous state of the law. To the contrary, the trial judge's findings under the previous law strengthen the case for a stay of proceedings. Where a balancing of the factors under the *Morin* analysis, such as seriousness of the offence and prejudice, would have weighed in favour of a stay, we expect that the Crown will rarely, if ever, be successful in justifying the delay as a transitional exceptional circumstance under the *Jordan* framework. We therefore find that the delay in this case was unreasonable.

## V. Conclusion

[75] We would allow the appeal and restore the order made by the trial judge for a stay of proceedings.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Spiteri & Ursulak, Ottawa; Addario Law Group, Toronto.*

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

[72] En l'espèce, l'ensemble des procédures préalables au procès sont antérieures à l'arrêt *Jordan*. Le ministère public doit donc établir que le délai net de 36,5 mois était justifié, étant donné qu'il s'est conformé à l'état du droit antérieur, c'est-à-dire le droit applicable suivant l'arrêt *Morin*.

[73] Les accusations en cause dans la présente affaire étaient graves. Toutefois, nous sommes d'avis que ce facteur ne saurait être retenu compte tenu de la conclusion du juge du procès selon laquelle il y a eu [TRADUCTION] « effectivement un préjudice réel et substantiel » (par. 191). Le juge a en outre expressément conclu que la conduite de M. Cody n'était pas « incompatible avec le désir que le procès se tienne dans les meilleurs délais » (par. 175).

[74] Vu ces conclusions, le ministère public n'est pas en mesure de démontrer que le délai net de 36,5 mois constaté en l'espèce était justifié parce qu'il serait conforme à l'état antérieur du droit. Au contraire, les conclusions tirées par le juge de première instance en vertu des anciennes règles militent plutôt en faveur de l'arrêt des procédures. Dans les cas où la mise en balance des facteurs requis par l'analyse établie dans *Morin*, par exemple la gravité de l'infraction et le préjudice subi, favorise le prononcé d'un arrêt des procédures, nous estimons que le ministère public ne réussira que rarement, voire jamais, à justifier le délai en invoquant la mesure transitoire exceptionnelle prévue par le cadre énoncé dans *Jordan*. En conséquence, nous concluons que le délai était déraisonnable en l'espèce.

## V. Conclusion

[75] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance d'arrêt des procédures rendue par le juge de première instance.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appellant : Spiteri & Ursulak, Ottawa; Addario Law Group, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales 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.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Addario Law Group, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Addario Law Group, Toronto.*

**Teal Cedar Products Ltd.** *Appellant*

v.

**Her Majesty the Queen in Right of the  
Province of British Columbia** *Respondent*

- and -

**Teal Cedar Products Ltd.** *Appellant*

v.

**Her Majesty the Queen in Right of the  
Province of British Columbia** *Respondent*

**INDEXED AS: TEAL CEDAR PRODUCTS LTD. v.  
BRITISH COLUMBIA**

**2017 SCC 32**

File No.: 36595.

2016: November 1; 2017: June 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Arbitration — Appeals — Jurisdiction — Standard of review — Commercial arbitration awards — Province reducing forestry company’s access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties disagreeing as to amount of compensation owed to forestry company and entering into arbitration — Leave to appeal award sought by parties pursuant to s. 31(2) of the Arbitration Act — Appeal of award dismissed in part but dismissal reversed by Court of Appeal — Whether Court of Appeal erred in construing issues decided by arbitrator as questions of law subject to appellate review — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31.*

*Contracts — Interpretation — Use of factual matrix — Province reducing forestry company’s access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties entering into agreement to negotiate compensation owed to forestry company for loss of access*

**Teal Cedar Products Ltd.** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la  
province de la Colombie-Britannique** *Intimée*

- et -

**Teal Cedar Products Ltd.** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la  
province de la Colombie-Britannique** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : TEAL CEDAR PRODUCTS LTD. c.  
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

**2017 CSC 32**

N° du greffe : 36595.

2016 : 1<sup>er</sup> novembre; 2017 : 22 juin.

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

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

*Arbitrage — Appels — Compétence — Norme de contrôle — Sentences arbitrales commerciales — Réduction par la province de l’accès d’une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Désaccord des parties sur le montant de l’indemnité due à l’entreprise forestière et recours par celles-ci à l’arbitrage — Parties demandant l’autorisation d’interjeter appel de la sentence en vertu de l’art. 31(2) de l’Arbitration Act — Appel de la sentence rejeté en partie mais rejet infirmé par la Cour d’appel — La Cour d’appel a-t-elle fait erreur en considérant les questions tranchées par l’arbitre comme des questions de droit susceptibles de contrôle en appel? — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, art. 31.*

*Contrats — Interprétation — Recours au fondement factuel — Réduction par la province de l’accès d’une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Conclusion par les parties d’une convention en vue de*

*to improvements — Agreement precluding payment of interest as part of compensation — Parties disagreeing as to amount of compensation and entering into arbitration — Whether legal question arises from arbitrator’s contractual interpretation of forestry company’s entitlement to interest.*

*Natural resources — Forests — Permits and licences — Province reducing forestry company’s access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties disagreeing as to amount of compensation owed to forestry company and entering into arbitration — Whether arbitrator’s conclusion that forestry company’s losses may be valued on basis of depreciation replacement cost method was reasonable — Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, c. 17, s. 6(4).*

T, a forestry company, holds licences to harvest Crown timber in the province of British Columbia. When the province reduced the volume of T’s allowable harvest and deleted certain areas from the related Crown land base, the parties were unable to settle how much compensation the province owed to T for reducing the latter’s access to certain improvements such as roads and bridges which T used to harvest the timber. Consequently, their dispute was submitted to arbitration in accordance with the *Forestry Revitalization Act* (“*Revitalization Act*”). The arbitrator was seized of an issue of statutory interpretation to determine the proper valuation method for the improvements pursuant to the *Revitalization Act*, which he found to be the depreciation replacement cost method. The arbitrator also ruled on an issue of contractual interpretation, concluding that an agreement reached by the parties prior to arbitration did not exclude interest from the province’s payment of compensation to T for the improvements. Finally, on an issue of statutory application, the arbitrator determined that T was not entitled to compensation for the improvements to which it did not lose access. On appeal, the application judge upheld the arbitrator’s award except in connection with the statutory application issue, which was remitted to the arbitrator and resulted in an additional award in an amount equal to the value of the improvements. A majority of the Court of Appeal reversed the application judge’s decision, finding that the arbitrator had erred on both the statutory interpretation and contractual interpretation issues, as well as in making his subsequent ruling regarding the statutory application issue. On remand for disposition in accordance with *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2

*négoier l’indemnité due à l’entreprise forestière pour la perte de l’accès à des améliorations — Convention écartant le paiement d’intérêts sur l’indemnité — Désaccord des parties sur le montant de l’indemnité et recours par celles-ci à l’arbitrage — Une question de droit découle-t-elle de l’interprétation contractuelle donnée par l’arbitre au droit de l’entreprise forestière de toucher des intérêts?*

*Ressources naturelles — Forêts — Permis et licences — Réduction par la province de l’accès d’une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Désaccord des parties sur le montant de l’indemnité due à l’entreprise forestière et recours par celles-ci à l’arbitrage — La conclusion de l’arbitre selon laquelle il est possible d’évaluer les pertes de l’entreprise forestière selon la méthode du coût de remplacement déprécié était-elle raisonnable? — Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, c. 17, art. 6(4).*

T, une entreprise forestière, détient des permis de coupe de bois sur des terres de la Couronne dans la province de la Colombie-Britannique. Quand la province a réduit le volume de la coupe autorisée de T et retranché certaines zones du territoire de la Couronne en question, les parties n’ont pas été en mesure de s’entendre sur le montant de l’indemnité que la province devait à T en contrepartie de la réduction de son accès à certaines améliorations, comme des routes et des ponts, qu’utilisait T pour couper le bois. Leur différend a donc été soumis à l’arbitrage conformément à la *Forestry Revitalization Act* (« *Revitalization Act* »). L’arbitre a été saisi d’une question d’interprétation législative pour qu’il choisisse la bonne méthode d’évaluation dans le cas des améliorations en application de la *Revitalization Act* et il a jugé que cette méthode était celle du coût de remplacement déprécié. L’arbitre a également statué sur une question d’interprétation contractuelle, concluant qu’une convention intervenue entre les parties avant l’arbitrage n’excluait pas l’ajout d’intérêts sur le paiement, par la province, d’une indemnité à T pour les améliorations. Enfin, sur une question d’application de la loi, l’arbitre a décidé que T n’avait pas droit à une indemnité pour les améliorations auxquelles elle n’avait pas perdu accès. En appel, le juge saisi de la requête a confirmé la sentence de l’arbitre, sauf relativement à la question de l’application de la loi qui a été renvoyée à l’arbitre et qui a entraîné une sentence additionnelle accordant une somme égale à la valeur des améliorations. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont infirmé la décision du juge saisi de la requête, estimant que l’arbitre avait fait erreur à la fois sur la question d’interprétation législative et celle de l’interprétation



S.C.R. 633, a unanimous Court of Appeal held that its disposition of the appeal was unaltered by *Sattva*, reaffirming its conclusion that the issues ruled upon by the arbitrator are questions of law subject to appellate review, and that the arbitrator was in error regardless of the standard of review applied.

*Held* (Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting in part): The appeal is allowed in part.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: The Court of Appeal's decision on remand cannot stand in light of *Sattva*. The process for characterizing a question as one of three principal types — legal, factual, or mixed — is well-established, as confirmed in *Sattva*: legal questions are questions about what the correct legal test is; factual questions are questions about what actually took place between the parties; and mixed questions are questions about whether the facts satisfy the legal test. While the application of a legal test to a set of facts is a mixed question, if, in the course of that application, the underlying legal test may have been altered, then a legal question arises. Such a legal question, if alleged in the context of a dispute under the *Arbitration Act*, and assuming the other jurisdictional requirements of that Act are met, is open to appellate review. These extricable questions of law are better understood as a covert form of legal question — where a judge's (or arbitrator's) legal test is implicit to their application of the test rather than explicit in their description of the test — than as a fourth and distinct category of questions.

Courts should, however, exercise caution in identifying extricable questions of law because mixed questions, by definition, involve aspects of law. The motivations for counsel to strategically frame a mixed question as a legal question — for example, to gain jurisdiction in appeals from arbitration awards or a favourable standard of review in appeals from civil litigation judgments — are transparent. A narrow scope for extricable questions of law is consistent with finality in commercial arbitration and, more broadly, with deference to factual findings. Courts must be vigilant in distinguishing between a party alleging that a legal test may have been altered in the course of its application (an extricable question of

contractuelle de même qu'en rendant sa décision subséquente concernant la question de l'application de la loi. Lorsque l'affaire a été renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle la tranche conformément à *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, la Cour d'appel a jugé à l'unanimité que cet arrêt ne changeait rien à sa décision sur l'appel, répétant sa conclusion que les questions tranchées par l'arbitre sont des questions de droit susceptibles de contrôle en appel et que l'arbitre avait erré, peu importe la norme de contrôle appliquée.

*Arrêt* (les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner et Gascon : La décision rendue par la Cour d'appel à la suite du renvoi ne tient pas eu égard à *Sattva*. La marche à suivre pour qualifier une question selon l'une des trois catégories principales — questions de droit, questions de fait ou questions mixtes — est bien établie, comme le confirme *Sattva* : les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les questions de fait portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties; et les questions mixtes consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. Bien que l'application d'un critère juridique à un ensemble de faits soit une question mixte, si, durant cette application, le critère juridique sous-jacent a pu être altéré, une question de droit se pose. Pareille question de droit, si elle est alléguée dans le contexte d'un différend relevant de l'*Arbitration Act*, et en supposant que les autres exigences relatives à la compétence de cette loi sont satisfaites, est susceptible de contrôle en appel. Il est plus juste d'affirmer que ces questions de droit isolables sont une forme cachée de question de droit — où le critère juridique sur lequel se fonde le juge (ou l'arbitre) peut être déduit de son application au lieu d'être énoncé clairement dans sa description — et non une quatrième catégorie, distincte, de questions.

Les tribunaux doivent cependant faire preuve de prudence lorsqu'ils relèvent des questions de droit isolables parce que les questions mixtes, par définition, comportent des aspects de droit. Les motivations pour lesquelles l'avocat qualifie stratégiquement une question mixte de question de droit — par exemple pour pouvoir saisir un tribunal de l'appel d'une sentence arbitrale ou pour faire appliquer une norme de contrôle favorable dans l'appel d'un jugement en matière civile — sont limpides. Une conception étroite des questions de droit isolables s'accorde avec le caractère définitif de l'arbitrage commercial et, de façon plus générale, avec la déférence à l'égard des conclusions de fait. Les tribunaux doivent

law), and a party alleging that a legal test, which was unaltered, should have, when applied, resulted in a different outcome (a mixed question).

The characterization of a question on review as a mixed question rather than as a legal question has vastly different consequences in appeals from arbitration awards and civil litigation judgments. The identification of a mixed question when appealing an arbitration award defeats a court's appellate review jurisdiction under the *Arbitration Act*. In contrast, the identification of a mixed question when appealing a civil litigation judgment merely raises the standard of review.

Given these principles as confirmed in *Sattva*, a question of statutory interpretation is normally characterized as a legal question. In contrast, identifying a question, broadly, as one of contractual interpretation does not necessarily resolve the nature of the question at issue. Contractual interpretation involves factual, legal, and mixed questions, and characterizing the nature of the specific question before the court requires delicate consideration of the narrow issue actually in dispute. In general, contractual interpretation remains a mixed question, not a legal question, as it involves applying contractual law (principles of contract law) to contractual facts (the contract itself and its factual matrix).

In the present case, the statutory interpretation issue, i.e. the issue of selecting a valuation method that complies with the *Revitalization Act*, involves two types of questions: (1) questions about the broad category of methods that are acceptable under the terms of the *Revitalization Act*; and (2) questions about the specific method, within that broad category of acceptable methods, that should ultimately be applied. The former questions — the methods that are acceptable under the *Revitalization Act* — are a matter of statutory interpretation and, accordingly, are questions of law. As a result, the courts have jurisdiction to review the arbitrator's resolution of the issue in so far as that resolution involves identifying a pool of methodologies consistent with the *Revitalization Act*.

se montrer vigilants lorsqu'il s'agit de faire une distinction entre une partie qui allègue que le critère juridique a pu être altéré lors de son application (une question de droit isolable) et une partie qui allègue que le critère juridique, qui n'a pas été altéré, aurait dû, lors de son application, donner lieu à un résultat différent (une question mixte).

Le fait de qualifier une question à l'examen de question mixte plutôt que de question de droit entraîne des différences considérables entre les appels interjetés à l'encontre d'une sentence arbitrale et ceux interjetés à l'encontre d'un jugement en matière civile. L'identification d'une question mixte dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre d'une sentence arbitrale fait échec à la compétence du tribunal en appel suivant l'*Arbitration Act*. À l'inverse, l'identification d'une question mixte dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre d'un jugement en matière civile ne fait que mener à l'application d'une norme de contrôle plus rigoureuse.

Compte tenu de ces principes confirmés dans *Sattva*, la question d'interprétation législative est habituellement qualifiée de question de droit. À l'inverse, le fait de dire qu'une question en est généralement une d'interprétation contractuelle n'établit pas nécessairement la nature de la question en cause. L'interprétation contractuelle met en jeu des questions de fait, des questions de droit et des questions mixtes. Donc, il faut examiner avec délicatesse la question étroite en litige pour qualifier la nature de la question précise posée au tribunal. En général, l'interprétation contractuelle demeure une question mixte et non une question de droit; elle suppose l'application du droit des contrats (principes du droit des contrats) à des faits d'ordre contractuel (le contrat lui-même et son fondement factuel).

En l'espèce, la question d'interprétation législative, — c'est-à-dire la question de choisir une méthode d'évaluation conforme à la *Revitalization Act* — fait entrer en jeu deux types de questions : (1) les questions relatives à la catégorie générale de méthodes qui sont acceptables selon la *Revitalization Act*; et (2) les questions liées à la méthode précise, faisant partie de cette catégorie générale de méthodes acceptables, qui devrait être appliquée en fin de compte. Les premières questions — les méthodes acceptables suivant la *Revitalization Act* — concernent l'interprétation législative et, par conséquent, sont des questions de droit. Ainsi, les tribunaux ont compétence pour contrôler la décision de l'arbitre sur la question dans la mesure où cette décision consistait à cerner un ensemble de méthodes conformes à la *Revitalization Act*.

The latter questions — the preferable method among those that are consistent with the *Revitalization Act* — are inextricably linked to the evidentiary record at the arbitration hearing, where various experts opined on the virtues of conflicting valuation methodologies. They are mixed questions, if not pure questions of fact. Therefore, the courts lack jurisdiction to review the arbitrator's selection of a specific methodology among the pool of methodologies which are consistent with the *Revitalization Act*.

As for the contractual interpretation issue, the courts have no jurisdiction to review the arbitrator's decision in this regard. The arbitrator, after a lengthy and complex hearing, was best situated to weigh the factual matrix in his interpretation of the parties' agreement regarding the payment of interest. The fact that he may have placed significant weight on that evidence in interpreting the agreement does not engage a legal question conferring jurisdiction on the courts under the *Arbitration Act* as it does not alter the underlying test he applied in this case. Further, the arbitrator's interpretation was rooted in the words of the contract, not overwhelmed by them. While the arbitrator may have placed significant weight on the factual matrix when interpreting the meaning of "compensation", there is no arguable merit to the claim that he interpreted that matrix isolated from the contract's words so as to effectively create a new agreement.

Likewise, on the statutory application issue, the courts have no jurisdiction to review the arbitrator's decision in this regard. The question implicated — whether the arbitrator correctly applied the valuation methodology to a licence — is a mixed question. As such, it is beyond the scope of appellate review.

It follows that the courts' jurisdiction is limited to the statutory interpretation issue of identifying a pool of methodologies consistent with the *Revitalization Act*. The decision made on this issue was rendered in an arbitral context pursuant to the *Arbitration Act*. As confirmed in *Sattva*, the standard of review on legal questions arising from the arbitrator's analysis of this statutory interpretation issue is reasonableness, which is almost always the applicable standard when reviewing commercial arbitration awards. This preference for a reasonableness standard dovetails with the key policy objectives of commercial arbitration, namely efficiency and finality. And this preference is not negated here in light of the nature

Les dernières questions — la meilleure méthode parmi celles qui respectent la *Revitalization Act* — sont inextricablement liées au dossier de preuve présenté à l'audience d'arbitrage, où différents experts se sont prononcés sur les vertus de méthodes d'évaluation incompatibles. Ce sont des questions mixtes, voire des questions de fait pures. Par conséquent, les tribunaux n'ont pas compétence pour contrôler la méthode précise choisie par l'arbitre parmi l'ensemble des méthodes conformes à la *Revitalization Act*.

Pour ce qui est de la question de l'interprétation contractuelle, les tribunaux n'ont pas compétence pour contrôler la décision de l'arbitre à ce sujet. L'arbitre — après une audience longue et complexe — était le mieux placé pour soupeser le fondement factuel dans son interprétation de la convention intervenue entre les parties à propos du paiement d'intérêts. La possibilité qu'il ait accordé beaucoup de poids à cette preuve dans son interprétation du contrat en question ne soulève pas une question de droit conférant compétence aux tribunaux suivant l'*Arbitration Act*, car cela n'altère pas le critère sous-jacent qu'il a appliqué en l'espèce. En outre, l'interprétation de l'arbitre reposait sur les termes du contrat et n'était pas supplantée par ceux-ci. Bien qu'il ait peut-être accordé beaucoup d'importance au fondement factuel quand il a interprété le sens d'« indemnité », la prétention selon laquelle l'arbitre n'a pas interprété ce fondement séparément des termes du contrat de manière à créer effectivement une nouvelle convention est dépourvue de fondement défendable.

De même, sur la question de l'application de la loi, les tribunaux n'ont pas compétence pour contrôler la décision de l'arbitre à ce sujet. La question en cause, qui consiste à savoir si l'arbitre a bien appliqué la méthode d'évaluation à un permis, est une question mixte. Elle échappe donc à la portée du contrôle en appel.

Par conséquent, les tribunaux ont uniquement compétence sur la question de l'interprétation de la loi qui consiste à cerner un ensemble de méthodes conformes à la *Revitalization Act*. La décision sur ce point a été rendue dans un contexte arbitral en application de l'*Arbitration Act*. Comme le confirme l'arrêt *Sattva*, la norme de contrôle applicable aux questions de droit découlant de l'analyse de cette question d'interprétation de la loi effectuée par l'arbitre est celle de la décision raisonnable, la norme qui s'applique presque toujours lorsqu'il s'agit de contrôler des sentences arbitrales commerciales. Ce penchant en faveur de la norme de la décision raisonnable concorde avec les principaux objectifs de politique

of the question at issue and the arbitrator's presumed expertise.

It would be an error to claim that all statutory interpretation by an arbitrator demands correctness review simply because it engages a legal question. In contrast, where the decision under review is, for example, a civil litigation judgment, the nature of the question is dispositive of the standard of review, with factual and mixed questions being reviewed for palpable and overriding error and legal questions — including extricable questions of law — being reviewed for correctness. It is therefore critical to bear these distinctions in mind when determining the appropriate standard of review in any given case.

The Court of Appeal erroneously held that the standard of review should be correctness for the statutory interpretation issue. Its decision appears to suggest that questions of law, such as statutory interpretation, necessarily attract a correctness standard of review. In so far as the Court of Appeal intended to make this suggestion, it is incorrect. While the nature of the question (legal, mixed, or fact) is dispositive of the standard of review in the civil litigation context, it is not in the arbitration context.

With respect to the review step of the analysis, the arbitrator's determination that the depreciation replacement cost method was consistent with the *Revitalization Act* was reasonable. This decision fell within a range of possible, acceptable outcomes which were defensible in respect of the facts and law, and the decision was justified, transparent, intelligible, and defensible. The claim that this method results in a windfall begs the question, i.e. it assumes that compensation equal to the value of all improvements is excessive in the course of explaining that excess. And the basis for claiming that excessive compensation was paid in this case is the assumption that it was inappropriate for the arbitrator to order compensation in excess of T's actual costs, despite the absence of any reference in the *Revitalization Act* limiting T's compensation to its actual costs or expenses. The full "value of improvements made to Crown land" is the language chosen by the legislature as the quantum for the compensation provision. If the provincial legislature had wanted to pay companies less than the "value of improvements made to Crown land", it would not have set the amount

générale de l'arbitrage commercial, à savoir l'efficacité et le caractère définitif. Et ce penchant n'est pas exclu dans la présente affaire vu la nature de la question en litige et l'expertise présumée de l'arbitre.

Il serait erroné d'affirmer que toutes les interprétations législatives d'un arbitre commandent l'application de la norme de la décision correcte simplement parce qu'elles font intervenir une question de droit. En revanche, lorsque la décision faisant l'objet du contrôle est, par exemple, un jugement en matière civile, la nature de la question permet d'établir la norme de contrôle applicable, puisque les questions de fait et les questions mixtes sont examinées selon la norme de l'erreur manifeste et déterminante et les questions de droit — y compris les questions de droit isolables — doivent l'être en fonction de la norme de la décision correcte. Il est donc crucial de garder ces distinctions à l'esprit lorsque l'on détermine la norme de contrôle applicable dans un cas donné.

La Cour d'appel a conclu à tort que la norme de contrôle applicable à la question d'interprétation législative devait être celle de la décision correcte. Sa décision semble suggérer que les questions de droit, comme l'interprétation des lois, appellent toujours la norme de la décision correcte. Dans la mesure où la Cour d'appel a voulu faire cette suggestion, celle-ci est erronée. Si la nature de la question (de droit, mixte ou de fait) permet de déterminer la norme de contrôle applicable dans le contexte d'un litige civil, elle ne permet pas de le faire dans le contexte de l'arbitrage commercial.

En ce qui concerne l'étape du contrôle de l'analyse, la conclusion de l'arbitre selon laquelle la méthode du coût de remplacement déprécié respectait la *Revitalization Act* était raisonnable. Cette décision appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit, et la décision était justifiée, transparente, intelligible et défendable. La prétention selon laquelle cette méthode donne lieu à un gain fortuit élude la question, en ce qu'on tient ainsi pour acquis qu'une indemnité égale à la valeur de toutes les améliorations est excessive alors qu'on est en train d'expliquer cet excès. Et la prétention voulant qu'une indemnité excessive ait été payée en l'espèce repose sur la proposition selon laquelle il ne convenait pas que l'arbitre ordonne le paiement d'une indemnité supérieure aux frais réels de T, malgré l'absence dans la *Revitalization Act* de toute disposition limitant l'indemnité de T à ses frais ou dépenses réels. La pleine « valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne » est l'expression choisie par le législateur pour désigner le montant de l'indemnité dans la disposition d'indemnisation. Si le législateur

of compensation “equal to” it. As a consequence, the arbitrator’s reasoning is hardly indefensible, particularly when the wording of the compensation provision so clearly fixes compensation at the specific amount chosen by the arbitrator. In the end, the legislature is entitled to provide forestry companies with statutory compensation that is not quantified on the basis of the nature of their interests in the Crown land at issue and the arbitrator’s interpretation of the compensation provision is accordingly entitled to deference.

*Per* Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. (dissenting in part): Regardless of the applicable standard of review, the arbitrator’s interpretation of s. 6(4) of the *Revitalization Act* cannot stand. The only interpretation of s. 6(4) that withstands scrutiny on either standard of review is that T, as a licence holder, was entitled to receive compensation only for its limited interest in the improvements. In valuing the improvements under s. 6(4), the arbitrator was required to take into account that T, as a licence holder, did not own the improvements, which belonged to the Crown.

The plain and ordinary meaning of s. 6(4) is that T is entitled to be compensated on a basis that reflects its limited interest in the improvements as a licence holder. This plain meaning of s. 6(4) is consistent with the purpose of the *Revitalization Act* and its expropriation context. The *Revitalization Act*’s purpose is to reduce the rights of licence holders — specifically, their rights to harvest timber and use the improvements — and to provide licence holders with compensation for these reductions. As a result of the takebacks at issue, reductions were made to T’s rights to use the improvements — not ownership rights over such improvements. It runs counter to the purpose of the *Revitalization Act* to award T compensation that exceeds the value of what it lost due to the takebacks.

The cost savings approach applied by the arbitrator may be an appropriate methodology in the context of privately owned land. But the roads and bridges at issue in this case belonged to the Crown. Given that T did not own the improvements and had only a limited interest in the improvements as a licence holder, it cannot be said that it lost the replacement cost of the improvements when the province made reductions to the land base under its licences, nor can it be said that T would pay the full cost to replace the network of improvements at issue.

provincial avait voulu verser aux entreprises une indemnité inférieure à la « valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne », il n’aurait pas prévu une indemnité « égale à » celle-ci. Le raisonnement de l’arbitre n’est donc guère indéfendable, d’autant plus que le libellé de la disposition d’indemnisation fixe clairement l’indemnité au montant précisément établi par l’arbitre. Au bout du compte, le législateur a le droit d’offrir aux entreprises forestières une indemnité prévue par la loi dont le montant n’est pas fonction de la nature de leur intérêt dans la terre de la Couronne en cause et l’interprétation donnée par l’arbitre à la disposition d’indemnisation commande donc la déférence.

*Les* juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe (dissidents en partie) : Peu importe la norme de contrôle applicable, l’interprétation que l’arbitre a donnée au par. 6(4) de la *Revitalization Act* ne tient pas. La seule interprétation du par. 6(4) qui résiste à un examen selon l’une ou l’autre norme de contrôle est celle selon laquelle T, en tant que titulaire de permis, n’avait le droit de recevoir une indemnité que pour son intérêt limité dans les améliorations. En évaluant les améliorations en vertu du par. 6(4), l’arbitre devait tenir compte du fait que T, en tant que titulaire de permis, n’était pas propriétaire des améliorations, lesquelles appartenaient à la Couronne.

Le sens ordinaire du par. 6(4) est le suivant : T a le droit d’être indemnisée sur une base reflétant l’intérêt limité qu’elle possède dans les améliorations en tant que titulaire de permis. Ce sens ordinaire du par. 6(4) est compatible avec l’objet de la *Revitalization Act* et son contexte d’expropriation. La *Revitalization Act* vise à réduire les droits des titulaires de permis, plus particulièrement leurs droits de couper du bois et d’utiliser les améliorations, et à indemniser les titulaires de permis pour ces réductions. À la suite des reprises en litige, T a perdu une partie de son droit d’utiliser les améliorations, et non des droits de propriété sur celles-ci. Il va à l’encontre de l’objet de la *Revitalization Act* d’accorder à T une indemnité excédant la valeur de ce qu’elle a perdu en raison des reprises.

L’approche fondée sur les économies de coûts adoptée par l’arbitre peut constituer une méthode adéquate dans le cas des terres privées, mais les routes et les ponts en cause appartenaient à la Couronne. Puisque T n’était pas propriétaire des améliorations et n’avait qu’un intérêt limité dans celles-ci en tant que titulaire de permis, on ne saurait affirmer qu’elle a perdu le coût de remplacement des améliorations lorsque la province a réduit le territoire visé par ses permis, et on ne peut pas non plus dire que T paierait le coût total du remplacement du réseau d’améliorations en cause.

The arbitrator construed s. 6(4) of the *Revitalization Act* too narrowly in concluding that the distinction drawn by this provision between the value of the improvements and the value of the harvesting rights means that the market value of the tenure as a whole cannot be considered when determining the value of the improvements. There is nothing in the language or context of the Act to support this unduly restrictive reading of s. 6(4). On the contrary, it was open to the arbitrator to select any valuation method that could evaluate the value of the improvements to T as a licence holder, as long as the approach valued the improvements as separate and distinct from the harvesting rights.

The market value method was available to the arbitrator under s. 6(4) of the *Revitalization Act*, and yet the arbitrator chose to apply a method that was inconsistent with this provision. This resulted in a substantial windfall for T. The matter of compensation for the improvements relating to the three licences at issue should accordingly be remitted to the arbitrator for reconsideration.

### Cases Cited

By Gascon J.

**Applied:** *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; **referred to:** *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Black Swan Gold Mines Ltd. v. Goldbelt Resources Ltd.* (1996), 78 B.C.A.C. 193; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770.

L'arbitre a interprété trop restrictivement le par. 6(4) de la *Revitalization Act* en concluant que la distinction établie par cette disposition entre la valeur des améliorations et celle des droits de coupe signifie que la valeur marchande de l'ensemble de la tenure ne peut être prise en compte pour déterminer la valeur des améliorations. Rien dans le texte ou le contexte de la *Revitalization Act* n'appuie cette interprétation trop restrictive du par. 6(4). Au contraire, il était loisible à l'arbitre de choisir une méthode d'évaluation qui permettait de fixer la valeur des améliorations pour T en tant que titulaire d'un permis, pourvu que l'approche choisie serve à évaluer les améliorations comme élément séparé et distinct des droits de coupe.

L'arbitre pouvait utiliser la méthode de la valeur marchande en vertu du par. 6(4) de la *Revitalization Act*. Pourtant, il a choisi de recourir à une méthode incompatible avec cette disposition, ce qui a permis à T de réaliser un gain fortuit substantiel. La question de l'indemnité pour les améliorations concernant les trois permis en litige doit donc être renvoyée à l'arbitre pour nouvel examen.

### Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

**Arrêt appliqué :** *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; **arrêts mentionnés :** *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Black Swan Gold Mines Ltd. c. Goldbelt Resources Ltd.* (1996), 78 B.C.A.C. 193; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770.

By Moldaver and Côté JJ. (dissenting in part)

*CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *British Columbia (Forests) v. Teal Cedar Products Ltd.*, 2013 SCC 51, [2013] 3 S.C.R. 301; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Diggon-Hibben, Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712; *MacMillan Bloedel Ltd. v. British Columbia* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 134.

### Statutes and Regulations Cited

*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31.  
*Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157.  
*Forest Planning and Practices Regulation*, B.C. Reg. 14/2004, s. 79(2).  
*Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17, ss. 6, 13.

### Authors Cited

British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 13, No. 6, 4th Sess., 37th Parl., March 27, 2003, p. 5682.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.  
 Mullan, David. “Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen!” (2013), 42 *Adv. Q.* 1.  
*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 6th ed. by Angus Stevenson. Oxford: Oxford University Press, 2007, “compensation”.  
 Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lowry, Chiasson and MacKenzie JJ.A.), 2015 BCCA 263, 70 B.C.L.R. (5th) 320, 373 B.C.A.C. 211, 641 W.A.C. 211, 386 D.L.R. (4th) 40, 115 L.C.R. 1, [2015] B.C.J. No. 1180 (QL), 2015 CarswellBC 1550 (WL Can.), affirming on remand a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Lowry and MacKenzie JJ.A.), 2013 BCCA 326, 46 B.C.L.R.

Citée par les juges Moldaver et Côté (dissidents en partie)

*CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *Colombie-Britannique (Forêts) c. Teal Cedar Products Ltd.*, 2013 CSC 51, [2013] 3 R.C.S. 301; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Diggon-Hibben, Ltd. c. The King*, [1949] R.C.S. 712; *MacMillan Bloedel Ltd. c. British Columbia* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 134.

### Lois et règlements cités

*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55, art. 31.  
*Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157.  
*Forest Planning and Practices Regulation*, B.C. Reg. 14/2004, art. 79(2).  
*Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17, art. 6, 13.

### Doctrine et autres documents cités

Colombie-Britannique. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 13, No. 6, 4th Sess., 37th Parl., March 27, 2003, p. 5682.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.  
 Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.  
 Mullan, David. « Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen! » (2013), 42 *Adv. Q.* 1.  
*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 6th ed. by Angus Stevenson, Oxford, Oxford University Press, 2007, « compensation ».  
 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 de la Colombie-Britannique (les juges Lowry, Chiasson et MacKenzie), 2015 BCCA 263, 70 B.C.L.R. (5th) 320, 373 B.C.A.C. 211, 641 W.A.C. 211, 386 D.L.R. (4th) 40, 115 L.C.R. 1, [2015] B.C.J. No. 1180 (QL), 2015 CarswellBC 1550 (WL Can.), qui a confirmé après renvoi un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Lowry et MacKenzie), 2013 BCCA

(5th) 272, 340 B.C.A.C. 256, 579 W.A.C. 256, 364 D.L.R. (4th) 465, 109 L.C.R. 276, [2013] B.C.J. No. 1480 (QL), 2013 CarswellBC 2059 (WL Can.), setting aside a decision of Bauman C.J., 2012 BCSC 543, [2012] B.C.J. No. 735 (QL), 2012 CarswellBC 1054 (WL Can.), which partially upheld an arbitrator’s decision. Appeal allowed in part, Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting in part.

*John J. L. Hunter, Q.C., Mark S. Oulton and K. Michael Stephens, for the appellant.*

*Karen A. Horsman, Q.C., Barbara A. Carmichael and Micah Weintraub, for the respondent.*

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

GASCON J. —

## I. Overview

[1] In British Columbia, the scope of appellate intervention in commercial arbitration is narrow in two key ways. First, there is limited jurisdiction for appellate review of arbitration awards because that jurisdiction is statutorily limited to questions of law (*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31). Second, even where such jurisdiction exists, our Court recently held that a deferential standard of review — reasonableness — “almost always” applies to arbitration awards (*Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at paras. 75, 104 and 106). Together, limited jurisdiction and deferential review advance the central aims of commercial arbitration: efficiency and finality.

[2] The Province of British Columbia (“BC”) and a forestry company, Teal Cedar Products Ltd. (“Teal Cedar”), were unable to settle how much compensation BC owed to Teal Cedar for reducing the latter’s access to certain improvements on Crown land — such as roads and bridges — which it used to harvest

326, 46 B.C.L.R. (5th) 272, 340 B.C.A.C. 256, 579 W.A.C. 256, 364 D.L.R. (4th) 465, 109 L.C.R. 276, [2013] B.C.J. No. 1480 (QL), 2013 CarswellBC 2059 (WL Can.), lequel avait infirmé une décision du juge en chef Bauman, 2012 BCSC 543, [2012] B.C.J. No. 735 (QL), 2012 CarswellBC 1054 (WL Can.), confirmant en partie une sentence arbitrale. Pourvoi accueilli en partie, les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe sont dissidents en partie.

*John J. L. Hunter, c.r., Mark S. Oulton et K. Michael Stephens, pour l’appelante.*

*Karen A. Horsman, c.r., Barbara A. Carmichael et Micah Weintraub, pour l’intimée.*

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

LE JUGE GASCON —

## I. Aperçu

[1] En Colombie-Britannique, la portée de l’intervention d’une cour d’appel dans les arbitrages commerciaux est circonscrite par deux facteurs principaux. D’abord, la loi prévoit que le contrôle en appel des sentences arbitrales ne doit porter que sur des questions de droit (*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55, art. 31). Ensuite, même lorsqu’une telle compétence existe, notre Cour a récemment conclu qu’une norme de contrôle empreinte de déférence, soit la norme de la décision raisonnable, s’applique « presque toujours » aux sentences arbitrales (*Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 75, 104 et 106). Ensemble, la compétence limitée et le contrôle empreint de déférence contribuent à la réalisation des objectifs fondamentaux de l’arbitrage commercial : l’efficacité et le caractère définitif.

[2] La province de la Colombie-Britannique (« C.-B. ») et Teal Cedar Products Ltd. (« Teal Cedar »), une entreprise forestière, n’ont pas été en mesure de s’entendre sur le montant de l’indemnité que la Colombie-Britannique devait à Teal Cedar en contrepartie de la réduction de son accès à certaines



timber. Consequently, their dispute was submitted to arbitration as required by the applicable legislation, the *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17 (“*Revitalization Act*”). Teal Cedar, for the most part, won. Three questions arising from the arbitrator’s award are the subject of this appeal.

[3] First, there is a question of statutory interpretation: whether the arbitrator erred in selecting a valuation method that was allegedly inconsistent with the section of the *Revitalization Act* providing Teal Cedar with compensation. In my opinion, this is a question of law falling within the scope of appellate review permitted under the *Arbitration Act*. However, the arbitrator, who relied on the plain meaning of the statute prescribing that valuation, reasonably selected a suitable valuation method. Accordingly, I find that his award in this regard cannot be overturned.

[4] Second, there is a question of contractual interpretation: whether the arbitrator let the factual matrix overwhelm the words of the contract when he interpreted an amended settlement agreement between the parties in light of the factual matrix of their failed negotiations. This question may be formulated in two ways: (1) whether the arbitrator allocated excessive weight to the factual matrix; or (2) whether the arbitrator’s interpretation of the factual matrix was isolated from the words of the contract. The former formulation is a question of mixed fact and law and thus falls outside the scope of appellate review permitted under the *Arbitration Act*. The latter formulation, while it raises a question of law, lacks arguable merit in this case because the arbitrator’s interpretation was clearly anchored in the words of the contract, which he interpreted in light of the factual matrix. Without arguable merit, this formulation also fails to confer appellate review jurisdiction under the *Arbitration Act*.

[5] Third, there is a question of statutory application: whether the arbitrator erred in denying compensation to Teal Cedar relating to the improvements

améliorations sur des terres de la Couronne (comme des routes et des ponts) qu’utilisait Teal Cedar pour couper du bois. Leur différend a donc été soumis à l’arbitrage, comme l’exige la loi applicable, la *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17 (« *Revitalization Act* »). Teal Cedar a eu gain de cause en majeure partie. Trois questions découlant de la sentence de l’arbitre font l’objet du présent pourvoi.

[3] La première question porte sur l’interprétation de la loi : l’arbitre a-t-il commis une erreur en choisissant une méthode d’évaluation qui serait incompatible avec l’article de la *Revitalization Act* accordant une indemnité à Teal Cedar? Selon moi, il s’agit d’une question de droit relevant du contrôle en appel autorisé par l’*Arbitration Act*. Cependant, l’arbitre, qui s’est fondé sur le sens ordinaire de la loi prévoyant une telle évaluation, a choisi de manière raisonnable une méthode d’évaluation convenable. En conséquence, j’estime que sa sentence à cet égard ne peut être infirmée.

[4] La deuxième question en est une d’interprétation contractuelle : l’arbitre a-t-il laissé le fondement factuel supplanter les termes du contrat lorsqu’il a interprété une convention de règlement modifiée intervenue entre les parties eu égard au fondement factuel de l’échec de leurs négociations? Cette question peut être formulée de deux façons : (1) l’arbitre a-t-il accordé trop de poids au fondement factuel; ou (2) l’arbitre a-t-il interprété le fondement factuel séparément des termes du contrat? La première formulation est une question mixte de fait et de droit qui échappe de ce fait à la portée du contrôle en appel autorisé par l’*Arbitration Act*. Bien qu’elle soulève une question de droit, la deuxième formulation est dépourvue de fondement défendable en l’espèce parce que l’interprétation de l’arbitre se fondait clairement sur les termes du contrat qu’il a interprétés à la lumière du fondement factuel. Sans fondement défendable, cette formulation ne confère pas non plus de compétence pour procéder à un contrôle en appel selon l’*Arbitration Act*.

[5] La troisième question a trait à l’application de la loi : l’arbitre a-t-il commis une erreur en refusant que Teal Cedar touche une indemnité

associated with one of its licences because it never lost access to those improvements, in contrast with the other licences where it lost such access. Teal Cedar's licence for that area is referred to in these reasons as the Lillooet Licence. This question involves the application of a specific valuation methodology to the intricate facts before the arbitrator, which qualitatively distinguished the Lillooet Licence from the other licences in dispute. On that basis, I consider that this a question of mixed fact and law outside the scope of appellate review permitted under the *Arbitration Act*.

[6] As the Court of Appeal below reached the opposite conclusion on the first two questions, I would allow the appeal in part. Like the application judge, I would confirm the arbitrator's award on these two questions. However, on the third question, like the Court of Appeal this time, I would restore the arbitrator's original ruling that BC owed Teal Cedar no compensation relating to improvements for the Lillooet Licence.

## II. Context

### A. *The Timber Licences and the Revitalization Act*

[7] In British Columbia, forestry companies hold licences which regulate how those companies may harvest Crown timber. The appellant, Teal Cedar, is one such forestry company. Three of Teal Cedar's licences are relevant to the current dispute, namely: (1) Forest Licence A19201 in the Fraser Timber Supply Area; (2) Tree Farm Licence 46 located on Vancouver Island; and (3) Forest Licence A18699 in the Lillooet Timber Supply Area ("Lillooet Licence"). In general terms, these licences entitle Teal Cedar to harvest timber and to use improvements, such as roads and bridges, to access timber.

relativement aux améliorations liées à l'un de ses permis parce qu'elle n'a jamais perdu son accès à ces améliorations, contrairement aux autres permis à l'égard desquels elle a perdu cet accès? Le permis de Teal Cedar visant cette zone est appelé le permis Lillooet dans les présents motifs. Cette question implique l'application d'une méthode d'évaluation précise aux faits complexes présentés à l'arbitre, qui a établi une distinction sur le plan qualitatif entre le permis Lillooet et les autres permis en cause. Pour cette raison, j'estime qu'il s'agit d'une question mixte de fait et de droit qui échappe à la portée du contrôle en appel autorisé par l'*Arbitration Act*.

[6] Puisque la Cour d'appel est parvenue à la conclusion contraire sur les deux premières questions, j'accueillerais le pourvoi en partie. À l'instar du juge saisi de la requête, je suis d'avis de confirmer la sentence de l'arbitre sur ces deux questions. Cependant, en ce qui concerne la troisième question, à l'instar de la Cour d'appel cette fois-ci, je suis d'avis de rétablir la décision initiale de l'arbitre selon laquelle la C.-B. ne devait aucune indemnité à Teal Cedar relativement aux améliorations liées au permis Lillooet.

## II. Contexte

### A. *Les permis d'exploitation et la Revitalization Act*

[7] En Colombie-Britannique, les entreprises forestières détiennent des permis précisant la manière dont elles peuvent couper du bois sur les terres de la Couronne. L'appelante, Teal Cedar, est l'une de ces entreprises. Le litige actuel concerne trois des permis de Teal Cedar, soit : (1) le permis d'exploitation forestière A19201 dans la zone d'approvisionnement en bois de Fraser; (2) le permis de ferme forestière 46 sur l'île de Vancouver; (3) le permis d'exploitation forestière A18699 dans la zone d'approvisionnement en bois de Lillooet (« permis Lillooet »). De façon générale, ces permis autorisent Teal Cedar à couper du bois et à utiliser les améliorations comme les routes et les ponts pour s'y rendre.

[8] In 2003, the respondent, BC, enacted the *Revitalization Act*. This Act changed forestry companies' rights under their licences by deleting areas from their land base and reducing the volume of their allowable harvest. In particular, Teal Cedar's licences were affected as follows:

- (a) The Fraser Timber Supply Area licence's allowable harvest was reduced by 37,500 cubic metres and many of Teal Cedar's chart areas were removed from the associated land base.
- (b) The Vancouver Island licence's allowable harvest was reduced by 130,637 cubic metres and many of Teal Cedar's operating areas were removed from the associated land base.
- (c) The Lillooet Licence's allowable harvest was reduced by 48,078 cubic metres, but, unlike the other two licences, this licence never lost any areas in its associated land base.

[9] In response to these changes, the *Revitalization Act* provided compensation to forestry companies. The amount of that statutory compensation is at the heart of the dispute between BC and Teal Cedar. The relevant compensation provision is s. 6 and, in particular, subs. (4), which provides forestry companies with "compensation from the government in an amount equal to the value of improvements made to Crown land":

### Compensation

- 6 (1) Each holder of an ungrouped licence is entitled to compensation from the government for a reduction under section 2 (1) of the allowable annual cut of the ungrouped licence, in an amount equal to the value, for the unexpired portion of the term of the licence, of the harvesting rights taken by means of the reduction.

[8] En 2003, l'intimée, la C.-B., a adopté la *Revitalization Act*, qui a modifié les droits que conféraient aux entreprises forestières leurs permis en retranchant des zones de leur territoire et en réduisant le volume de leur coupe autorisée. Tout particulièrement, voici comment ont été touchés les permis de Teal Cedar :

- a) Le volume de la coupe autorisée par le permis visant la zone d'approvisionnement en bois de Fraser a été réduit de 37 500 mètres cubes et de nombreuses zones de Teal Cedar ont été retranchées du territoire qui s'y rattache.
- b) Le volume de la coupe autorisée par le permis visant l'île de Vancouver a été réduit de 130 637 mètres cubes et de nombreuses zones où Teal Cedar exerçait ses activités ont été retranchées du territoire qui s'y rattache.
- c) Le volume de la coupe autorisée par le permis Lillooet a été réduit de 48 078 mètres cubes, mais, contrairement aux deux autres permis, aucune zone du territoire se rattachant à ce permis n'a été perdue à quelque moment que ce soit.

[9] En raison des changements susmentionnés, la *Revitalization Act* a accordé une indemnité aux entreprises forestières. Le montant de cette indemnité prévue par la loi est au cœur du litige opposant la C.-B. à Teal Cedar. La disposition pertinente en la matière est l'art. 6, tout particulièrement le par. (4) selon lequel les entreprises forestières ont droit, [TRADUCTION] « de la part du gouvernement, à une indemnité égale à la valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne » :

[TRADUCTION]

### Indemnité

- 6 (1) Chaque titulaire d'un permis distinct a droit, de la part du gouvernement, à une indemnité pour la réduction, prévue au paragraphe 2 (1), de la coupe annuelle autorisée par le permis distinct; le montant de l'indemnité est égal à la valeur des droits de coupe retirés au moyen de la réduction pour la partie non écoulée de la durée du permis.

- (2) Each holder of a timber licence is entitled to compensation from the government in respect of the part, if any, of a reduction in the area of Crown land described in the timber licence that is made under section 2 (2) and that is attributed under section 3 (1) to that licence in an amount equal to the value of the harvesting rights taken by means of the reduction.
- (3) Each holder of a licence in a group of licences is entitled to compensation from the government in respect of the part, if any, of a reduction of the allowable annual cut of the licence that is made under section 2 (3) and that is attributed under section 3 (2) to that licence, in an amount equal to the value, for the unexpired portion of the term of the licence, of the harvesting rights taken by means of the reduction.
- (4) In addition to the compensation to which the holder of an ungrouped licence, a timber licence or a licence in a group of licences is entitled under subsection (1), (2) or (3), the holder is entitled to compensation from the government in an amount equal to the value of improvements made to Crown land that
- (a) are, or have been, authorized by the government,
- (b) are not improvements to which section 174 of the *Forest Practices Code of British Columbia Act* applies, and
- (c) are not, or have not been, paid for by the government under the *Forest Act* or the former Act as defined in the *Forest Act*.
- (4.1) Subsection (4) also applies to a holder of a tree farm licence that is subject to a deletion of Crown land from the tree farm licence area under section 39.1 of the *Forest Act*, if the deletion
- (a) is in respect of a reduction of allowable annual cut under section 3 (3) of this Act, and
- (b) is made before the date this subsection comes into force.
- (5) An entitlement to compensation under this section vests in the holder to which it applies on March 31, 2003.
- (2) Chaque titulaire d'un permis d'exploitation a droit, de la part du gouvernement, à une indemnité pour la partie, attribuée en vertu du paragraphe 3 (1) à ce permis, s'il en est, de l'amputation des terres de la Couronne décrites dans le permis de coupe qui est faite en vertu du paragraphe 2 (2); le montant de l'indemnité est égal à la valeur des droits de coupe retirés au moyen de l'amputation.
- (3) Chaque titulaire d'un permis faisant partie d'un groupe de permis a droit, de la part du gouvernement, à une indemnité pour la partie, attribuée en vertu du paragraphe 3 (2) à ce permis, s'il en est, de la réduction, en vertu du paragraphe 2 (3), de la coupe annuelle autorisée par le permis; le montant de l'indemnité est égal à la valeur des droits de coupe retirés au moyen de la réduction pour la partie non écoulee de la durée du permis.
- (4) Outre l'indemnité à laquelle a droit le titulaire d'un permis distinct, d'un permis d'exploitation ou d'un permis faisant partie d'un groupe de permis en vertu du paragraphe (1), (2) ou (3), le titulaire a droit, de la part du gouvernement, à une indemnité égale à la valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne :
- (a) qui sont ou ont été autorisées par le gouvernement,
- (b) auxquelles ne s'applique pas l'article 174 du *Forest Practices Code of British Columbia Act*, et
- (c) qui ne sont pas ou n'ont pas été payées par le gouvernement conformément à la *Forest Act* ou à l'ancienne loi au sens de la *Forest Act*.
- (4.1) Le paragraphe (4) s'applique également au titulaire d'un permis de ferme forestière assujetti au retranchement de terres de la Couronne de l'aire visée par ce permis selon l'article 39.1 de la *Forest Act*, si le retranchement
- (a) a trait à une réduction, prévue par le paragraphe 3 (3) de la présente loi, de la coupe annuelle autorisée et
- (b) se fait avant la date d'entrée en vigueur du présent paragraphe.
- (5) Le droit à une indemnité conféré par le présent article est dévolu au titulaire à qui il revient le 31 mars 2003.

- (6) A dispute between the minister and the holder of an ungrouped licence, a timber licence or a licence in a group of licences as to the amount of the compensation to which the holder is entitled under this section must be submitted to arbitration under the *Arbitration Act*.

[10] Conceptually, s. 6 provides for two types of compensation, namely compensation for: (1) reductions to harvesting rights (“Rights Compensation”, provided for in subss. (1) to (3)); and (2) the value of improvements made to Crown land (“Improvements Compensation”, provided for in s. 6(4)).

[11] The *Revitalization Act* permits the Lieutenant Governor in Council to make regulations concerning, among other things, this compensation provision:

### Regulations

- 13** (1) The Lieutenant Governor in Council may make regulations referred to in section 41 of the *Interpretation Act*.
- (2) Without limiting subsection (1), the Lieutenant Governor in Council may make regulations
- (a) defining a word or expression not otherwise defined in this Act, and
  - (b) for the purposes of section 6, prescribing respecting value, including but not limited to
    - (i) determining value and defining the components that comprise value,
    - (ii) prescribing methods of evaluation for use in determining value,
    - (iii) prescribing factors to be taken into account in an evaluation,
    - (iv) defining the role of evaluators in a determination of value and prescribing qualifications for evaluators that are prerequisite to their participation in the determination of value, and
    - (v) prescribing requirements for the selection of arbitrators.

- (6) Le litige opposant le ministre et le titulaire d’un permis distinct, d’un permis d’exploitation ou d’un permis faisant partie d’un groupe de permis quant au montant de l’indemnité à laquelle a droit le titulaire en vertu du présent article est soumis à l’arbitrage selon l’*Arbitration Act*.

[10] Sur le plan conceptuel, l’art. 6 accorde deux types d’indemnité, à savoir une indemnité pour : (1) la réduction des droits de coupe (« indemnité visant les droits », prévue aux par. 6(1) à (3)); et (2) la valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne (« indemnité visant les améliorations » prévue au par. 6(4)).

[11] La *Revitalization Act* permet au lieutenant-gouverneur en conseil de prendre des règlements concernant entre autres cette disposition d’indemnisation :

[TRADUCTION]

### Règlements

- 13** (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut prendre les règlements visés à l’article 41 de l’*Interpretation Act*.
- (2) Sans limiter la portée du paragraphe précédent, le lieutenant-gouverneur en conseil peut prendre des règlements
- (a) définissant un mot ou une expression que la présente loi ne définit pas autrement,
  - (b) prescrivant entre autres ce qui suit quant à la valeur pour l’application de l’article 6 :
    - (i) la détermination de la valeur et la définition de ses éléments,
    - (ii) les méthodes d’évaluation à utiliser pour déterminer la valeur,
    - (iii) les facteurs à prendre en considération dans une évaluation,
    - (iv) la définition du rôle joué par les évaluateurs dans la détermination de la valeur et les qualifications qu’ils doivent posséder pour participer à la détermination de la valeur, et
    - (v) les exigences liées à la sélection des arbitres.

Accordingly, while s. 6(4) of the *Revitalization Act* provides for Improvements Compensation “in an amount equal to the value of improvements made to Crown land”, s. 13(2)(b)(ii) anticipates regulations “prescribing methods of evaluation for use in determining” that value. However, neither at the time of the dispute nor at the time of the hearing before this Court had any regulations been passed prescribing those valuation methods.

[12] Lastly, in terms of process, s. 6(6) of the *Revitalization Act* provides that disputes relating to the amount of compensation BC owes to a forestry company must be submitted to arbitration. Again, the *Revitalization Act* permits the Lieutenant Governor in Council to make regulations “prescribing requirements for the selection of arbitrators” (s. 13(2)(b)(v)). As with the anticipated regulations concerning valuation methods, neither at the time of the dispute nor at the time of the hearing before this Court had any regulations been passed prescribing arbitrator selection requirements. Consequently, up until the time of the hearing before this Court, arbitrations regarding compensation under the *Revitalization Act* were presided over by arbitrators chosen by consent of the parties. There was no list of arbitrators limiting party autonomy in this respect.

#### B. *The Dispute Between Teal Cedar and British Columbia*

[13] Teal Cedar suffered compensable losses under the *Revitalization Act*. It negotiated the value of those losses with BC and the parties reached a partial settlement. They were able to settle the value of the Rights Compensation owed to Teal Cedar, but they were unable to settle the value of the Improvements Compensation.

[14] To confirm their partial settlement and provide guidelines for their ongoing negotiations, the parties executed a Settlement Framework Agreement. That agreement contained a “No Interest Clause”, which precluded interest payments to Teal Cedar:

En conséquence, alors que le par. 6(4) de la *Revitalization Act* accorde une indemnité visant les améliorations « égale à la valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne », le sous-al. 13(2)(b)(ii) anticipe des règlements « prescrivant [...] les méthodes d'évaluation à utiliser pour déterminer » cette valeur. Or, aucun règlement prescrivant ces méthodes d'évaluation n'a été pris, que ce soit au moment du litige ou au moment de l'audience devant la Cour.

[12] En dernier lieu, pour ce qui est du processus, le par. 6(6) de la *Revitalization Act* dispose que le litige relatif au montant de l'indemnité que doit la C.-B. à une entreprise forestière doit être soumis à l'arbitrage. Encore une fois, la *Revitalization Act* permet au lieutenant-gouverneur en conseil de prendre des règlements « prescrivant [...] les exigences liées à la sélection des arbitres » (sous-al. 13(2)(b)(v)). Tout comme dans le cas des règlements anticipés sur les méthodes d'évaluation, aucun règlement prescrivant les exigences liées à la sélection des arbitres n'a été pris, que ce soit au moment du litige ou au moment de l'audience devant la Cour. Par conséquent, avant l'audience devant la Cour, les arbitrages sur une indemnité visée par la *Revitalization Act* étaient présidés par des arbitres désignés sur consentement des parties. Aucune liste d'arbitres ne restreignait l'autonomie des parties en la matière.

#### B. *Le litige opposant Teal Cedar à la Colombie-Britannique*

[13] Teal Cedar a subi des pertes indemnisables au sens de la *Revitalization Act*. Elle a négocié la valeur de ces pertes avec la C.-B. et les parties sont parvenues à un règlement partiel. Elles sont arrivées à s'entendre sur la valeur de l'indemnité visant les droits due à Teal Cedar, mais elles n'ont pu s'entendre sur la valeur de l'indemnité visant les améliorations.

[14] Pour confirmer leur règlement partiel et établir des lignes directrices en vue de la poursuite de leurs négociations, les parties ont signé une convention cadre de règlement. Cette convention contenait une « clause zéro intérêt » qui empêchait de verser des intérêts à Teal Cedar :

No interest shall be payable by [BC] in respect to this or any other compensation that may be due to [Teal Cedar] under the [*Revitalization Act*].

(A.R., vol. I, at p. 225)

[15] Negotiations about the value of the Improvements Compensation were ultimately unsuccessful. Accordingly, 10 months after the Settlement Framework Agreement was first executed, the parties signed an amendment to that agreement (“Amendment”), resulting in a new agreement combining the Settlement Framework Agreement with the Amendment (“Amended Agreement”). The Amended Agreement provided that the parties were unable to agree on the proper amount of compensation, and thus, would submit the valuation of “compensation” to arbitration (“Arbitration Clause”):

[BC] hereby acknowledges that a dispute exists between the Parties and [Teal Cedar] intends to submit the dispute between the Parties as to the amount of the compensation for the Improvements to which it is entitled for arbitration pursuant to Section 6(6) of the [*Revitalization Act*].

(A.R., vol. I, at p. 228)

[16] As there were no regulations prescribing the requirements for arbitrators, the parties were free to choose who would preside over the arbitration. They ultimately selected Thomas Braidwood, Q.C., a former Justice of the British Columbia Court of Appeal.

### III. Judicial History

[17] At the initial arbitration, there were two primary questions of interpretation, which have remained contested up to and including the appeal before this Court. Those questions of interpretation — one statutory and one contractual — are the following:

(a) What valuation methods for Improvements Compensation are consistent with the *Revitalization Act*? (“Valuation Issue”)

[TRANSCRIPTION] La [C.-B.] n’est tenue de payer aucun intérêt à l’égard de cette indemnité ou de toute autre indemnité qui pourrait être due à [Teal Cedar] selon la [*Revitalization Act*].

(d.a., vol. I, p. 225)

[15] Les négociations sur la valeur de l’indemnité visant les améliorations n’ont finalement pas abouti. Par conséquent, 10 mois après la conclusion de la convention cadre de règlement, les parties ont signé une modification de cette convention (« Modification »), ce qui a fait naître une nouvelle convention regroupant la convention cadre de règlement et la Modification (« convention modifiée »). La convention modifiée précisait que les parties n’étaient pas parvenues à s’entendre sur le juste montant de l’indemnité et qu’elles soumettraient donc à l’arbitrage l’évaluation de « l’indemnité » (« clause d’arbitrage ») :

[TRANSCRIPTION] [La C.-B.] reconnaît par les présentes qu’il y a un différend entre les parties et [Teal Cedar] compte soumettre à l’arbitrage, selon le paragraphe 6 (6) de la [*Revitalization Act*], le litige quant au montant de l’indemnité visant les améliorations à laquelle elle a droit.

(d.a., vol. I, p. 228)

[16] Puisqu’aucun règlement ne prescrivait les exigences applicables aux arbitres, les parties pouvaient choisir la personne qui présiderait l’arbitrage. Elles ont fini par sélectionner Thomas Braidwood, c.r., un ancien juge de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique.

### III. Historique judiciaire

[17] À l’arbitrage initial, deux principales questions d’interprétation se posaient, et elles sont demeurées en litige jusqu’au présent pourvoi. Ces questions d’interprétation — l’une législative et l’autre contractuelle — sont les suivantes :

a) Quelles méthodes d’évaluation de l’indemnité visant les améliorations sont conformes à la *Revitalization Act*? (« question de l’évaluation »)

- (b) Does the “compensation” for improvements submitted to arbitration under the Amended Agreement include interest? (“Interest Issue”)

[18] In addition, another question emerged concerning Teal Cedar’s entitlement to compensation for improvements losses relating to the Lillooet Licence (“Lillooet Issue”).

A. *Arbitration Award (Thomas Braidwood, Q.C. — April 27, 2011, Amended June 30, 2011)*

[19] On the Valuation Issue, the arbitrator had to determine the proper valuation method for Improvements Compensation because no regulations prescribing such a method had been passed. During a “lengthy and complex hearing” (as noted by the application judge, at para. 7), he was presented with three “generally recognized valuation approaches” (para. 112):

- (a) the “Market Value Method”, which the arbitrator rejected because the method is based on determining the market value of the improvements, and BC’s own expert conceded that no such market value exists in respect of improvements on Crown land (para. 113);
- (b) the “Income Method”, which the arbitrator similarly rejected because the method is based on determining the income generated by the improvements, and BC’s own expert conceded that no such income exists in respect of improvements on Crown land (para. 113); and
- (c) the “Depreciation Replacement Cost Method”, which the arbitrator accepted (paras. 93-94). This method, in simplified terms, values Improvements Compensation by estimating the notional cost of rebuilding the improvements from scratch (replacement) to their current degraded condition (depreciation). The arbitrator accepted this method in part because it was the only valuation methodology presented which determined

- b) L’« indemnité » visant les améliorations soumise à l’arbitrage en vertu de la convention modifiée inclut-elle des intérêts? (« question des intérêts »)

[18] De plus, une autre question a été soulevée en ce qui a trait au droit de Teal Cedar à une indemnité pour les pertes liées aux améliorations se rapportant au permis Lillooet (« question du permis Lillooet »).

A. *Sentence arbitrale (Thomas Braidwood, c.r. — 27 avril 2011, modifiée le 30 juin 2011)*

[19] En ce qui concerne la question de l’évaluation, l’arbitre devait choisir la bonne méthode à employer pour évaluer l’indemnité visant les améliorations parce qu’aucun règlement prescrivant pareille méthode n’avait été pris. Au cours d’une « audience longue et complexe » (comme l’a noté le juge saisi de la requête, au par. 7), on lui a proposé trois [TRADUCTION] « méthodes d’évaluation généralement reconnues » (par. 112) :

- a) La « méthode de la valeur marchande », que l’arbitre a rejetée parce qu’elle consiste à déterminer la valeur marchande des améliorations, et le propre expert de la Colombie-Britannique a concédé que les améliorations sur les terres de la Couronne n’avaient aucune valeur marchande (par. 113);
- b) La « méthode fondée sur le revenu », que l’arbitre a rejetée elle aussi car elle consiste à déterminer le revenu généré par les améliorations, et le propre expert de la Colombie-Britannique a concédé que les améliorations sur les terres de la Couronne ne génèrent pas de revenu (par. 113);
- c) La « méthode du coût de remplacement déprécié », que l’arbitre a retenue (par. 93-94). En termes simples, cette méthode consiste à évaluer l’indemnité visant les améliorations en estimant le coût théorique de la remise des améliorations à leur état actuel de dégradation (dépréciation), à partir de zéro (remplacement). L’arbitre a retenu cette méthode notamment parce que c’était la seule méthode d’évaluation proposée qui servait



Improvements Compensation separately from Rights Compensation, in keeping with their separate treatment in the *Revitalization Act* (para. 94; see *Revitalization Act*, ss. 6(1) to (3) and 6(4)).

[20] On the Interest Issue, the arbitrator held that Teal Cedar was entitled to interest on the Improvements Compensation, despite the No Interest Clause, in light of the factual matrix. Specifically, he found that, at the time of the Settlement Framework Agreement, when the No Interest Clause was drafted, the parties were “hopeful” and in the midst of ongoing negotiations to resolve the Valuation Issue (para. 180). In contrast, at the time of the Amendment, when the Arbitration Clause was drafted, the parties had just endured 10 months of failed negotiations, and had come to terms with the need to resolve the Valuation Issue — including interest — through arbitration (para. 181).

[21] Lastly, on the Lillooet Issue, the arbitrator ruled that Teal Cedar was not entitled to Improvements Compensation for the Lillooet Licence because it “had not lost any opportunity to use the roads” (paras. 169-70). Put differently, the arbitrator opined that BC owed no Improvements Compensation to Teal Cedar for the Lillooet Licence since the latter never lost access to any improvements associated with that licence.

*B. British Columbia Supreme Court (2012 BCSC 543, Bauman C.J.)*

[22] The courts reviewing the Arbitration Award had the additional burden of addressing their jurisdiction to review the award in the first place (“Jurisdiction Issue”). Specifically, the arbitration proceeded under the *Arbitration Act*, which limits appeals to questions of law (s. 31). The courts reviewing the Arbitration Award were consequently confronted with the threshold issue of whether the Valuation, Interest and Lillooet Issues involved questions of law — the sole type of question over which the courts have appellate review jurisdiction in commercial arbitration cases. As additional context, this Court’s decision in *Sattva* — where we clarified the

à fixer l’indemnité visant les améliorations séparément de celle visant les droits, ce qui concorde avec le traitement distinct que leur réserve la *Revitalization Act* (par. 94; voir *Revitalization Act*, par. 6(1) à (3) et 6(4)).

[20] Sur la question des intérêts, l’arbitre a jugé que Teal Cedar avait le droit de toucher des intérêts sur l’indemnité visant les améliorations, malgré la clause zéro intérêt, en raison du fondement factuel. Plus précisément, il a conclu qu’à l’époque de la convention cadre de règlement, lorsque cette clause a été rédigée, les parties étaient [TRADUCTION] « optimistes » et au beau milieu de négociations en cours dans le but de résoudre la question de l’évaluation (par. 180). En revanche, à l’époque de la Modification, lorsque la clause d’arbitrage a été rédigée, les parties venaient de vivre 10 mois de négociations avortées et avaient reconnu la nécessité de résoudre la question de l’évaluation, y compris des intérêts, par l’arbitrage (par. 181).

[21] Enfin, pour ce qui est de la question du permis Lillooet, l’arbitre a décidé que Teal Cedar n’avait pas droit à l’indemnité visant les améliorations pour ce permis parce qu’elle [TRADUCTION] « n’avait perdu aucune possibilité d’utiliser les routes » (par. 169-170). Autrement dit, l’arbitre a estimé que la C.-B. ne devait aucune indemnité visant les améliorations à Teal Cedar pour le permis Lillooet parce que cette dernière n’avait jamais perdu son accès aux améliorations relatives à ce permis.

*B. Cour suprême de la Colombie-Britannique (2012 BCSC 543, le juge en chef Bauman)*

[22] Les tribunaux qui ont contrôlé la sentence arbitrale devaient en outre décider d’entrée de jeu s’ils avaient compétence pour le faire (« question de la compétence »). Plus précisément, l’arbitrage s’est déroulé en conformité avec l’*Arbitration Act*, selon laquelle il ne peut être interjeté appel que sur des questions de droit (art. 31). Les tribunaux ayant contrôlé la sentence arbitrale devaient par conséquent trancher la question préliminaire de savoir si l’évaluation, les intérêts et le permis Lillooet constituaient des questions de droit — le seul type de point sur lequel les tribunaux ont compétence pour procéder à un contrôle en appel

general characterization of contract interpretation as a question of mixed fact and law — was not released until after the first decision in this case by the British Columbia Court of Appeal. As a result, the decision of the British Columbia Supreme Court and initial decision of the British Columbia Court of Appeal were issued without this Court’s guidance in *Sattva*.

[23] On the Jurisdiction Issue, the application judge, Bauman C.J. (now Bauman C.J.B.C.), held that the Valuation Issue subsumed questions of law and questions of mixed fact and law. Specifically, the determination of whether the valuation method chosen was consistent with the *Revitalization Act* was a matter of “statutory construction” (para. 49 (CanLII)) and thus a question of law within his jurisdiction (para. 57). In contrast, he found that the application of that method to quantify the value of the Improvements Compensation involved questions of fact or of mixed fact and law outside his jurisdiction (para. 57). Similarly, he determined that the Interest Issue involved interpreting the Amended Agreement “in the context of the factual matrix” — a question of mixed fact and law outside his jurisdiction (para. 81). Finally, he held that the Lillooet Issue was a “question of law” because the arbitrator’s chosen methodology, when applied to the Lillooet Licence (which contains improvements), should have resulted in Improvements Compensation for Teal Cedar (para. 84).

[24] On the Valuation Issue, Bauman C.J. concluded that the arbitrator’s reliance on the Depreciation Replacement Cost Method was not only proper but correct (para. 57). He noted that the arbitrator, “in the absence of any regulatory guidance”, had been forced to interpret the plain words of s. 6(4) (para. 46). Further, he opined that the arbitrator had interpreted s. 6(4) “in a manner open to him in light of the applicable rules of statutory interpretation” (para. 50).

en matière d’arbitrage commercial. Autre élément contextuel, l’arrêt *Sattva* — dans lequel nous avons précisé la qualification générale de l’interprétation des contrats comme question mixte de fait et de droit — n’a été prononcé qu’après la première décision rendue en l’espèce par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Ainsi, la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et la première décision de la Cour d’appel ont été rendues sans que ces cours ne bénéficient des enseignements de notre Cour dans *Sattva*.

[23] Sur la question de la compétence, le juge saisi de la requête, le juge en chef Bauman, de la Cour suprême (maintenant Juge en chef de la Cour d’appel), a statué que l’évaluation regroupait des questions de droit ainsi que des questions mixtes de fait et de droit. Tout particulièrement, le fait de décider si la méthode d’évaluation retenue était conforme à la *Revitalization Act* constituait une question d’[TRADUCTION] « interprétation législative » (par. 49 (CanLII)) et, par le fait même, une question de droit relevant de sa compétence (par. 57). Par contre, il a conclu que le fait d’utiliser cette méthode pour calculer la valeur de l’indemnité visant les améliorations soulevait des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit qui outrepassaient sa compétence (par. 57). De même, il a décidé que la question des intérêts supposait que l’on interprète la convention modifiée « eu égard au fondement factuel », une question mixte de fait et de droit outrepassant sa compétence (par. 81). En dernier lieu, il a conclu que la question du permis Lillooet constituait une « question de droit » parce que l’application de la méthode retenue par l’arbitre au permis Lillooet (qui comporte des améliorations) aurait dû entraîner l’octroi d’une indemnité visant les améliorations à Teal Cedar (par. 84).

[24] En ce qui concerne la question de l’évaluation, le juge en chef Bauman est parvenu à la conclusion que le recours par l’arbitre à la méthode du coût de remplacement déprécié était non seulement approprié, mais fondé (par. 57). Il a souligné [TRADUCTION] « qu’en l’absence de balise règlementaire », l’arbitre avait été contraint d’interpréter les termes clairs du par. 6(4) (par. 46). De plus, il s’est dit d’avis que l’arbitre avait donné à ce paragraphe « une interprétation qui s’offrait à lui compte tenu des règles applicables d’interprétation législative » (par. 50).

[25] Lastly, on the Lillooet Issue, Bauman C.J. remitted the issue of Improvements Compensation to the arbitrator because of “uncertainty” in his reasons (para. 88). Bauman C.J. felt the arbitrator was “not clear” as to why he denied Improvements Compensation for the Lillooet Licence (para. 85). He reasoned that, since the Lillooet Licence had associated improvements and the arbitrator’s methodology assumed that all improvements would be fully used (para. 86), then Improvements Compensation was apparently owed in respect of those improvements, just as such compensation was owed in respect of the improvements associated with the other two licences in dispute. On that basis, the application judge remitted the value of compensation for Teal Cedar’s losses in respect of the Lillooet Licence to the arbitrator “for reconsideration in light of the valuation methodology he has adopted” (para. 88).

C. *Additional Arbitration Award (Thomas Braidwood, Q.C. — July 3, 2012, amended August 17, 2012)*

[26] In view of Bauman C.J.’s ruling on the Lillooet Issue, the arbitrator issued an additional award “to an amount equal to the value of the improvements” relating to the Lillooet Licence (p. 10). He rendered this decision despite his initial holding that Teal Cedar’s right to Improvements Compensation was never triggered since it never factually lost its ability to use those improvements.

D. *British Columbia Court of Appeal Decision #1 (2013 BCCA 326, 364 D.L.R. (4th) 465)*

[27] The matter came twice before the British Columbia Court of Appeal. The first time, the Court of Appeal issued two opinions with diametrically opposed conclusions.

[25] Enfin, pour ce qui est de la question du permis Lillooet, le juge en chef Bauman a renvoyé à l’arbitre la question de l’indemnité visant les améliorations en raison du [TRADUCTION] « caractère incertain » de ses motifs (par. 88). Le juge en chef Bauman a estimé que l’arbitre n’avait pas « indiqué clairement » pourquoi il avait refusé d’accorder une indemnité visant les améliorations pour le permis Lillooet (par. 85). Il a conclu qu’étant donné que des améliorations se rapportaient au permis Lillooet et que la méthode utilisée par l’arbitre tenait pour acquis que toutes les améliorations seraient entièrement utilisées (par. 86), une indemnité visant les améliorations était apparemment due relativement à ces améliorations, tout comme une telle indemnité était due à l’égard des améliorations liées aux deux autres permis en cause. Pour cette raison, le juge saisi de la requête a renvoyé à l’arbitre la question de la valeur de l’indemnité pour les pertes subies par Teal Cedar à l’égard du permis Lillooet « pour qu’il la réexamine à la lumière de la méthode d’évaluation qu’il avait retenue » (par. 88).

C. *Sentence arbitrale additionnelle (Thomas Braidwood, c.r. — 3 juillet 2012, modifiée le 17 août 2012)*

[26] Vu la décision du juge en chef Bauman sur la question du permis Lillooet, l’arbitre a octroyé une somme additionnelle [TRADUCTION] « égale à la valeur des améliorations » touchant le permis Lillooet (p. 10). Il a rendu cette décision malgré sa conclusion initiale selon laquelle le droit de Teal Cedar à une indemnité visant les améliorations n’avait jamais pris naissance puisqu’elle n’avait jamais, dans les faits, perdu sa faculté d’utiliser ces améliorations.

D. *Décision n° 1 de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2013 BCCA 326, 364 D.L.R. (4th) 465)*

[27] L’affaire a été instruite deux fois par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. La première fois, la Cour d’appel a exprimé deux avis dans lesquels elle est parvenue à des conclusions diamétralement opposées.

(1) Majority (MacKenzie J.A., Lowry J.A. concurring)

[28] The majority allowed BC’s appeal for the most part. On the Jurisdiction Issue, MacKenzie J.A. held that the Valuation Issue (statutory interpretation) and the Interest Issue (contractual interpretation) were both questions of law and thus fell within the scope of appellate review of an arbitration award (paras. 57 and 114). In addition, while not explicit in this respect, the majority appeared to rule that the Lillooet Issue was within the courts’ reviewing jurisdiction because it related to “whether the arbitrator used the correct method of valuation in this case”, a question of law (paras. 55-57).

[29] On the Valuation Issue, MacKenzie J.A. found that the arbitrator had erred in law by selecting the Depreciation Replacement Cost Method (paras. 131-33). Specifically, she noted that this method failed to recognize Teal Cedar’s actual interest in the improvements (para. 68) by compensating Teal Cedar as if it owned the improvements, whereas Teal Cedar had lost only its right to use the improvements — which, in reality, were owned by the Crown (paras. 68 and 73).

[30] On the Interest Issue, MacKenzie J.A. held that the arbitrator had erred in law by letting the factual matrix overwhelm the words of the contract (paras. 125 and 129). Specifically, she concluded that the arbitrator had erred by interpreting the Amended Agreement as including interest in Teal Cedar’s “compensation” submitted to arbitration (para. 136). On my reading, MacKenzie J.A.’s reasoning on this issue (at paras. 105-30) can be interpreted in two ways. Either she found that the arbitrator allocated excessive weight to the factual matrix or that the arbitrator interpreted the factual matrix isolated from the words of the contract.

[31] Lastly, on the Lillooet Issue, MacKenzie J.A. concluded that Bauman C.J. had erred in remitting the issue of compensation for the Lillooet Licence

(1) Juges majoritaires (juge MacKenzie, avec l’accord du juge Lowry)

[28] Les juges majoritaires ont accueilli l’appel de la C.-B. en majeure partie. Sur la question de la compétence, la juge MacKenzie a statué que la question de l’évaluation (interprétation législative) et celle des intérêts (interprétation contractuelle) étaient deux questions de droit et qu’elles relevaient donc du contrôle en appel d’une sentence arbitrale (par. 57 et 114). De plus, bien qu’ils ne se soient pas prononcés expressément à ce sujet, les juges majoritaires semblent avoir conclu que la question du permis Lillooet ressortissait au pouvoir de contrôle des tribunaux parce qu’elle touchait le point de savoir [TRADUCTION] « si l’arbitre a[vait] utilisé la bonne méthode d’évaluation en l’espèce », une question de droit (par. 55-57).

[29] Sur la question de l’évaluation, la juge MacKenzie a conclu que l’arbitre avait commis une erreur de droit en retenant la méthode du coût de remplacement déprécié (par. 131-133). Plus précisément, elle a signalé que cette méthode ne tenait pas compte du véritable intérêt de Teal Cedar dans les améliorations (par. 68) en l’indemnisant comme si elle en était propriétaire, alors qu’elle avait uniquement perdu le droit de se servir des améliorations qui, en fait, appartenaient à la Couronne (par. 68 et 73).

[30] Pour ce qui est de la question des intérêts, la juge MacKenzie a statué que l’arbitre avait commis une erreur de droit en laissant le fondement factuel supplanter les termes du contrat (par. 125 et 129). Tout particulièrement, elle a conclu que l’arbitre avait erré en considérant que la convention modifiée ajoutait des intérêts à l’[TRADUCTION] « indemnité » de Teal Cedar soumise à l’arbitrage (par. 136). D’après moi, le raisonnement de la juge MacKenzie sur ce point (par. 105-130) peut s’interpréter de deux façons. Soit elle a conclu que l’arbitre avait accordé trop de poids au fondement factuel, soit elle a statué que l’arbitre avait interprété le fondement factuel séparément des termes du contrat.

[31] Enfin, sur la question du permis Lillooet, la juge MacKenzie a conclu que le juge en chef Bauman avait fait erreur en renvoyant à l’arbitre

to the arbitrator. MacKenzie J.A. found that the arbitrator had correctly denied Teal Cedar compensation for a licence in respect of which it had suffered no actual loss (paras. 78-79). As a result, she restored the arbitrator's original decision to award Teal Cedar no compensation in respect of the Lillooet Licence (para. 134).

(2) Dissent (Finch C.J.)

[32] For his part, Finch C.J., the dissenting judge, agreed with Bauman C.J. and would have dismissed the appeal in its entirety. On the Valuation Issue, he held that the arbitrator had not erred in law or otherwise (paras. 140-43), and thus he would have maintained the arbitrator's selection of the Depreciation Replacement Cost Method. On the Interest Issue, he agreed with Bauman C.J. that the arbitrator's interpretation of the Amended Agreement in light of the factual matrix was a question of mixed fact and law outside the scope of appellate review of an arbitration award (paras. 144-45). Finally, on the Lillooet Issue, he found that Bauman C.J. had made "no error of law" in remitting the valuation of compensation for the Lillooet Licence to the arbitrator (paras. 146-48).

E. *British Columbia Court of Appeal Decision #2 (Remanded Post-Sattva) (2015 BCCA 263, 386 D.L.R. (4th) 40, Lowry, Chiasson and MacKenzie J.J.A.)*

[33] In 2013, Teal Cedar sought leave to appeal to the Court from the British Columbia Court of Appeal's decision. However, in the intervening period, the Court released *Sattva* in 2014. Consequently, the Court remanded the case to the British Columbia Court of Appeal for disposition in accordance with *Sattva* (file No. 35563, October 23, 2014, [2014] S.C.C. Bull. 1637).

[34] On remand, a unanimous British Columbia Court of Appeal held that MacKenzie J.A.'s pre-*Sattva* disposition of the appeal (concurrent in by Lowry J.A.) was unaltered by *Sattva* (para. 60).

l'indemnité relative à ce permis. Selon elle, l'arbitre a refusé à bon droit à Teal Cedar une indemnité pour un permis à l'égard duquel elle n'avait subi aucune perte réelle (par. 78-79). Par conséquent, elle a rétabli la décision initiale de l'arbitre de n'accorder à Teal Cedar aucune indemnité pour le permis Lillooet (par. 134).

(2) Juge dissident (juge en chef Finch)

[32] Pour sa part, le juge en chef Finch, dissident, partageait l'avis du juge en chef Bauman et aurait rejeté l'appel dans sa totalité. En ce qui a trait à la question de l'évaluation, il a statué que l'arbitre n'avait commis aucune erreur de droit ou autre erreur (par. 140-143) et il aurait donc confirmé la décision de l'arbitre de retenir la méthode du coût de remplacement déprécié. Pour ce qui est de la question des intérêts, il a convenu avec le juge en chef Bauman que l'interprétation donnée par l'arbitre à la convention modifiée eu égard au fondement factuel était une question mixte de fait et de droit dépassant la portée du contrôle en appel d'une sentence arbitrale (par. 144-145). Finalement, sur la question du permis Lillooet, il a conclu que le juge en chef Bauman n'avait commis [TRADUCTION] « aucune erreur de droit » en renvoyant à l'arbitre l'évaluation de l'indemnité touchant ce permis (par. 146-148).

E. *Décision n° 2 de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (renvoi après l'arrêt Sattva) (2015 BCCA 263, 386 D.L.R. (4th) 40, les juges Lowry, Chiasson et MacKenzie)*

[33] En 2013, Teal Cedar a demandé l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique devant notre Cour. Mais dans l'intervalle, notre Cour a rendu son arrêt *Sattva* en 2014. Par conséquent, notre Cour a renvoyé l'affaire à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour qu'elle la tranche conformément à *Sattva* (n° du greffe 35563, 23 octobre 2014, [2014] C.S.C. Bull. 1637).

[34] Après le renvoi, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé à l'unanimité que la décision rendue sur l'appel par la juge MacKenzie (avec l'accord du juge Lowry) avant *Sattva* n'avait pas été modifiée par cet arrêt (par. 60).

[35] On the Valuation Issue, the Court of Appeal held that the standard of review was correctness because the arbitrator lacked specialized expertise in forestry statutes (para. 35), the parties were statutorily compelled to resolve their dispute through arbitration (para. 35), and the Valuation Issue was (1) important to compensation statutes generally (para. 35) and (2) a question of law attracting a correctness standard (paras. 36-37). Further, the Court of Appeal ruled that the arbitrator's award was, in this respect, both incorrect (para. 37) and unreasonable (para. 38) because it provided a "substantial publicly financed windfall" (para. 38) divorced from Teal Cedar's "actual financial loss" (para. 39).

[36] On the Interest Issue, the Court of Appeal opined that the arbitrator had made a legal error that gave the courts jurisdiction (para. 46) because he let the factual matrix overwhelm the contract (para. 52), despite its clear wording (para. 59). On my reading, the Court of Appeal's second decision, like its first, supports two interpretations of what it means for the factual matrix to "overwhelm" a contract: (1) weighing that matrix excessively; or (2) considering that matrix in isolation from the words of the contract.

[37] The decision of the Court of Appeal on remand was silent in respect of the Lillooet Issue.

#### IV. Issues

[38] In the end, this appeal involves two key interpretation issues, one statutory and one contractual, namely whether the arbitrator erred in law by: (1) interpreting the Depreciation Replacement Cost Method as being consistent with the *Revitalization Act* (the Valuation Issue); and (2) interpreting the Amended Agreement as including interest in BC's Improvements Compensation payment to Teal Cedar (the Interest Issue). This appeal also involves a statutory application issue, namely whether the arbitrator erred in law by denying Improvements Compensation to Teal Cedar when he applied his chosen methodology to the Lillooet Licence (the Lillooet Issue).

[35] Sur la question de l'évaluation, la Cour d'appel a statué que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte puisque l'arbitre ne possédait pas d'expertise spécialisée dans les lois sur les forêts (par. 35), les parties étaient contraintes par la loi de résoudre leur différend par l'arbitrage (par. 35) et la question de l'évaluation était (1) importante pour les lois sur l'indemnisation en général (par. 35) et (2) une question de droit commandant l'application de la norme de la décision correcte (par. 36-37). Elle a aussi décidé que la sentence de l'arbitre était à la fois incorrecte (par. 37) et déraisonnable (par. 38) sur ce point parce qu'elle permettait à Teal Cedar de tirer un [TRADUCTION] « gain fortuit substantiel à même les fonds publics » (par. 38) qui ne correspondait à sa « véritable perte financière » (par. 39).

[36] Sur la question des intérêts, la Cour d'appel s'est dite d'avis que l'arbitre avait commis une erreur de droit conférant compétence au tribunal (par. 46), car il avait laissé le fondement factuel supplanter le contrat (par. 52) en dépit de son libellé clair (par. 59). D'après moi, la seconde décision de la Cour d'appel, tout comme sa première, étaye deux interprétations de ce qu'il faut entendre par un fondement factuel « supplantant » un contrat : (1) accorder trop de poids à ce fondement; ou (2) examiner ce fondement séparément des termes du contrat.

[37] La décision que la Cour d'appel a rendue à la suite du renvoi était muette sur la question du permis Lillooet.

#### IV. Questions en litige

[38] En dernière analyse, le présent pourvoi porte sur deux principales questions d'interprétation, l'une législative et l'autre contractuelle, à savoir si l'arbitre a commis une erreur de droit en (1) considérant que la méthode du coût de remplacement déprécié était conforme à la *Revitalization Act* (la question de l'évaluation); et (2) en estimant que la convention modifiée ajoutait des intérêts à l'indemnité visant les améliorations versée par la C.-B. à Teal Cedar (la question des intérêts). Le présent pourvoi porte également sur une question d'application de la loi : l'arbitre a-t-il commis une erreur de droit en refusant à Teal Cedar une indemnité

Whether the courts have jurisdiction to review these issues, and if so, the applicable standard of review, are also in dispute.

## V. Analysis

[39] According to the application judge, other than there being a “question” or “point” of law in dispute (see ss. 31(1)(b) and 31(2)), the requirements for leave under the *Arbitration Act* were met in this case on the Valuation Issue (para. 43). Those findings are not challenged before this Court, though I note that the application judge was silent with respect to these requirements on the Interest Issue, which he resolved on the basis of that issue not raising a question of law (para. 81). Similarly, once the statutory preconditions are met, granting leave to appeal an award under the *Arbitration Act* is a matter of judicial discretion: “. . . the court may grant leave . . .” (*Arbitration Act*, s. 31(2)). The application judge’s exercise of discretion in this regard is also not contested before us. As a result, per *Sattva* (paras. 38, 102 and 107), a three-step analysis for appellate review of the arbitration award below remains, namely:

- (a) Jurisdiction: Whether the appellate court has jurisdiction to review the alleged error.
- (b) Standard of review: If so, whether the standard for the review is reasonableness or correctness.
- (c) Review: Whether the arbitration award withstands scrutiny under that standard of review (i.e. whether the award is reasonable or correct).

[40] My analysis will proceed on the basis of this logical framework.

visant les améliorations lorsqu’il a appliqué la méthode qu’il a retenue au permis Lillooet (la question du permis Lillooet)? Les points de savoir si les tribunaux ont compétence pour examiner ces questions et, dans l’affirmative, quelle est la norme de contrôle applicable sont eux aussi en litige.

## V. Analyse

[39] Selon le juge saisi de la requête, outre la présence d’une [TRADUCTION] « question » ou d’un « point » de droit en litige (voir l’al. 31(1)(b) et le par. 31(2)), les conditions d’autorisation établies par l’*Arbitration Act* étaient remplies en l’espèce pour ce qui est de la question de l’évaluation (par. 43). Ces conclusions ne sont pas contestées devant notre Cour, mais je note que le juge saisi de la requête ne s’est pas prononcé sur l’application de ces conditions à la question des intérêts, qu’il a tranchée en affirmant qu’elle ne soulève pas une question de droit (par. 81). De même, une fois que les conditions préalables établies par la loi sont remplies, le fait d’accorder l’autorisation d’interjeter appel d’une sentence en vertu de l’*Arbitration Act* relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal : [TRADUCTION] « . . . le tribunal peut accorder l’autorisation . . . » (*Arbitration Act*, par. 31(2)). L’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la requête à cet égard n’est pas contesté non plus. Par conséquent, conformément à l’arrêt *Sattva* (par. 38, 102 et 107), il reste à effectuer une analyse en trois étapes pour contrôler en appel la sentence arbitrale, soit :

- a) Compétence : La cour d’appel a-t-elle compétence pour examiner l’erreur reprochée?
- b) Norme de contrôle : Dans l’affirmative, la norme applicable à ce contrôle est-elle celle de la décision raisonnable ou celle de la décision correcte?
- c) Contrôle : La sentence arbitrale résiste-t-elle à l’examen selon cette norme de contrôle (en d’autres termes, la sentence était-elle raisonnable ou correcte)?

[40] Mon analyse reposera sur ce cadre logique.

A. *Jurisdiction*(1) Jurisdiction to Review Commercial Arbitration Awards

[41] The scope of jurisdiction in respect of a commercial arbitration award, such as the one at issue, is now well-established in the jurisprudence (*Sattva*, at para. 104). Here, as in *Sattva*, the arbitration was conducted under the *Arbitration Act*, which limits a reviewing court’s jurisdiction to questions of law:

- 31** (1) A party to an arbitration, other than an arbitration in respect of a family law dispute, may appeal to the court on any question of law arising out of the award if
- (a) all of the parties to the arbitration consent, or
  - (b) the court grants leave to appeal.
- (2) In an application for leave under subsection (1) (b), the court may grant leave if it determines that
- (a) the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice,
  - (b) the point of law is of importance to some class or body of persons of which the applicant is a member, or
  - (c) the point of law is of general or public importance.

[42] Unlike privative clauses which merely “signa[1]” deference in the context of judicial review of administrative tribunal decisions, statutory limitations on the scope of appellate review of arbitration awards are “absolute” (*Sattva*, at para. 104). In consequence, a finding that the questions on appeal — the Valuation, Interest and Lillooet Issues — are not questions of law would wholly dispose of the issue of the courts’ jurisdiction to review those questions.

A. *Compétence*(1) Pouvoir de contrôler les sentences arbitrales commerciales

[41] La portée de la compétence susceptible d’être exercée à l’égard d’une sentence arbitrale commerciale comme celle en cause est désormais bien établie dans la jurisprudence (*Sattva*, par. 104). Tout comme dans *Sattva*, l’arbitrage en l’espèce s’est déroulé conformément à l’*Arbitration Act*, qui restreint la compétence de la cour de révision aux questions de droit :

[TRADUCTION]

- 31** (1) Une partie à un arbitrage ne portant pas sur un différend de droit de la famille peut interjeter appel au tribunal sur toute question de droit découlant de la sentence si, selon le cas :
- (a) toutes les parties à l’arbitrage y consentent,
  - (b) le tribunal accorde l’autorisation.
- (2) Relativement à une demande d’autorisation présentée en vertu de l’alinéa (1)(b), le tribunal peut accorder l’autorisation s’il estime que, selon le cas :
- (a) l’importance de l’issue de l’arbitrage pour les parties justifie son intervention et que le règlement de la question de droit peut permettre d’éviter une erreur judiciaire,
  - (b) la question de droit revêt de l’importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie,
  - (c) la question de droit est d’importance publique.

[42] Contrairement aux clauses privatives qui « signale[nt] » tout simplement que la déférence est de mise dans le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs, les limites fixées par la loi à la portée du contrôle en appel des sentences arbitrales sont « absolue[s] » (*Sattva*, par. 104). En conséquence, la conclusion selon laquelle les points soulevés — l’évaluation, les intérêts et le permis — ne sont pas des questions de droit réglerait entièrement la question du pouvoir des tribunaux d’examiner ces points.



[43] The process for characterizing a question as one of three principal types — legal, factual, or mixed — is also well-established in the jurisprudence (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35). In particular, it is not disputed that legal questions are questions “about what the correct legal test is” (*Sattva*, at para. 49, quoting *Southam*, at para. 35); factual questions are questions “about what actually took place between the parties” (*Southam*, at para. 35; *Sattva*, at para. 58); and mixed questions are questions about “whether the facts satisfy the legal tests” or, in other words, they involve “applying a legal standard to a set of facts” (*Southam*, at para. 35; *Sattva*, at para. 49, quoting *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

[44] That said, while the application of a legal test to a set of facts is a mixed question, if, in the course of that application, the underlying legal test may have been altered, then a legal question arises. For example, if a party alleges that a judge (or arbitrator) while applying a legal test failed to consider a required element of that test, that party alleges that the judge (or arbitrator), in effect, deleted that element from the test and thus altered the legal test. As the Court explained in *Southam*, at para. 39:

... if a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but in fact the decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

Such an allegation ultimately challenges whether the judge (or arbitrator) relied on the correct legal test, thus raising a question of law (*Sattva*, at para. 53; *Housen*, at paras. 31 and 34-35). Accordingly, such a legal question, if alleged in the context of a dispute under the *Arbitration Act*, and assuming the other jurisdictional requirements of that Act are met, is open to appellate review. These “extricable questions of

[43] La marche à suivre pour qualifier une question selon l’une des trois catégories principales — questions de droit, questions de fait ou questions mixtes — est aussi bien établie dans la jurisprudence (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35). En particulier, personne ne conteste que les questions de droit « concernent la détermination du critère juridique applicable » (*Sattva*, par. 49, citant *Southam*, par. 35); les questions de fait « portent sur ce qui s’est réellement passé entre les parties » (*Southam*, par. 35; *Sattva*, par. 58); et les questions mixtes « consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique » ou, en d’autres termes, supposent « l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits » (*Southam*, par. 35; *Sattva*, par. 49, citant *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

[44] Cela dit, bien que l’application d’un critère juridique à un ensemble de faits soit une question mixte, si, durant cette application, le critère juridique sous-jacent a pu être altéré, une question de droit se pose. Par exemple, si une partie allègue que le juge (ou l’arbitre), en appliquant un critère juridique, a négligé un élément essentiel de ce critère, cette partie allègue que le juge (ou l’arbitre) a en fait retranché cet élément du critère et l’a altéré du même coup. Comme l’a expliqué la Cour dans *Southam*, par. 39 :

... si un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les faits, il ne prend en considération que A, B et C, alors le résultat est le même que s’il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

Une telle allégation soulève en définitive la question de savoir si le juge (ou l’arbitre) s’est fondé sur le bon critère juridique, ce qui constitue une question de droit (*Sattva*, par. 53; *Housen*, par. 31 et 34-35). En conséquence, pareille question de droit, si elle est alléguée dans le contexte d’un différend relevant de l’*Arbitration Act*, et en supposant que les autres exigences relatives à la compétence de cette loi sont

law” are better understood as a covert form of legal question — where a judge’s (or arbitrator’s) legal test is implicit to their application of the test rather than explicit in their description of the test — than as a fourth and distinct category of questions.

[45] Courts should, however, exercise caution in identifying extricable questions of law because mixed questions, by definition, involve aspects of law. The motivations for counsel to strategically frame a mixed question as a legal question — for example, to gain jurisdiction in appeals from arbitration awards or a favourable standard of review in appeals from civil litigation judgments — are transparent (*Sattva*, at para. 54; *Southam*, at para. 36). A narrow scope for extricable questions of law is consistent with finality in commercial arbitration and, more broadly, with deference to factual findings. Courts must be vigilant in distinguishing between a party alleging that a legal test may have been altered in the course of its application (an extricable question of law; *Sattva*, at para. 53), and a party alleging that a legal test, which was unaltered, should have, when applied, resulted in a different outcome (a mixed question).

[46] From this standpoint, the characterization of a question on review as a mixed question rather than as a legal question has vastly different consequences in appeals from arbitration awards and civil litigation judgments. The identification of a mixed question when appealing an arbitration award defeats a court’s appellate review jurisdiction (*Arbitration Act*, s. 31; *Sattva*, at para. 104). In contrast, the identification of a mixed question when appealing a civil litigation judgment merely raises the standard of review (*Housen*, at para. 36).

satisfaites, est susceptible de contrôle en appel. Il est plus juste d’affirmer que ces « questions de droit isolables » sont une forme cachée de question de droit — où le critère juridique sur lequel se fonde le juge (ou l’arbitre) peut être déduit de son application au lieu d’être énoncé clairement dans sa description — et non une quatrième catégorie, distincte, de questions.

[45] Les tribunaux doivent cependant faire preuve de prudence lorsqu’ils relèvent des questions de droit isolables parce que les questions mixtes, par définition, comportent des aspects de droit. Les motivations pour lesquelles l’avocat qualifie stratégiquement une question mixte de question de droit — par exemple pour pouvoir saisir un tribunal de l’appel d’une sentence arbitrale ou pour faire appliquer une norme de contrôle favorable dans l’appel d’un jugement en matière civile — sont limpides (*Sattva*, par. 54; *Southam*, par. 36). Une conception étroite des questions de droit isolables s’accorde avec le caractère définitif de l’arbitrage commercial et, de façon plus générale, avec la déférence à l’égard des conclusions de fait. Les tribunaux doivent se montrer vigilants lorsqu’il s’agit de faire une distinction entre une partie qui allègue que le critère juridique a pu être altéré lors de son application (une question de droit isolable; *Sattva*, par. 53) et une partie qui allègue que le critère juridique, qui n’a pas été altéré, aurait dû, lors de son application, donner lieu à un résultat différent (une question mixte).

[46] Vu sous cet angle, le fait de qualifier une question à l’examen de question mixte plutôt que de question de droit entraîne des différences considérables entre les appels interjetés à l’encontre d’une sentence arbitrale et ceux interjetés à l’encontre d’un jugement en matière civile. L’identification d’une question mixte dans le cadre d’un appel interjeté à l’encontre d’une sentence arbitrale fait échec à la compétence du tribunal de procéder à un contrôle en appel (*Arbitration Act*, art. 31; *Sattva*, par. 104). À l’inverse, l’identification d’une question mixte dans le cadre d’un appel interjeté à l’encontre d’un jugement en matière civile ne fait que mener à l’application d’une norme de contrôle plus rigoureuse (*Housen*, par. 36).

[47] Given these principles, a question of statutory interpretation is normally characterized as a legal question. In contrast, identifying a question, broadly, as one of contractual interpretation does not necessarily resolve the nature of the question at issue. Contractual interpretation involves factual, legal, and mixed questions. In consequence, characterizing the nature of the specific question before the court requires delicate consideration of the narrow issue actually in dispute. In general, though, as the Court recently explained in *Sattva*, contractual interpretation remains a mixed question, not a legal question, as it involves applying contractual law (principles of contract law) to contractual facts (the contract itself and its factual matrix) (para. 50).

## (2) Jurisdiction in the Instant Case

[48] On that basis, jurisdiction in this case can be readily ascertained. First, I will explain the courts' partial jurisdiction over the Valuation Issue. Second, I will explain the courts' lack of jurisdiction over the Interest and Lillooet Issues.

### (a) *Jurisdiction Over the Valuation Issue*

[49] As held by Bauman C.J. (at para. 57) and Finch C.J., dissenting (at paras. 140 and 143), the Valuation Issue — i.e. the issue of selecting a valuation method that complies with the *Revitalization Act* — involves a chain of issues, some raising legal questions and others raising mixed questions. Specifically, two types of questions are engaged by the Valuation Issue: (1) questions about the broad category of methods that are acceptable under the terms of the *Revitalization Act*; and (2) questions about the specific method, within that broad category of acceptable methods, that should ultimately be applied.

[50] The former questions — the methods that are acceptable under the *Revitalization Act* — are a matter of statutory interpretation and, accordingly,

[47] Compte tenu de ces principes, une question d'interprétation législative est habituellement qualifiée de question de droit. À l'inverse, le fait de dire qu'une question en est généralement une d'interprétation contractuelle n'établit pas nécessairement la nature de la question en cause. L'interprétation contractuelle met en jeu des questions de fait, des questions de droit et des questions mixtes. Donc, il faut examiner avec délicatesse la question étroite en litige pour qualifier la nature de la question précise posée au tribunal. En général toutefois, comme l'a récemment expliqué la Cour dans *Sattva*, l'interprétation contractuelle demeure une question mixte et non une question de droit puisqu'elle suppose l'application du droit des contrats (principes du droit des contrats) à des faits d'ordre contractuel (le contrat lui-même et son fondement factuel) (par. 50).

## (2) Compétence en l'espèce

[48] Cela étant, il est facile de déterminer la compétence en l'espèce. Tout d'abord, j'expliquerai pourquoi les tribunaux ont compétence en partie sur la question de l'évaluation. Ensuite, j'expliquerai pourquoi les tribunaux n'ont pas compétence sur les questions des intérêts et du permis Lillooet.

### a) *Compétence sur la question de l'évaluation*

[49] Comme l'ont conclu le juge en chef Bauman (par. 57) et le juge en chef Finch, dissident (par. 140 et 143), la question de l'évaluation — c'est-à-dire la question de choisir une méthode d'évaluation conforme à la *Revitalization Act* — fait intervenir une série de points, dont certains soulèvent des questions de droit tandis que d'autres soulèvent des questions mixtes. Plus précisément, la question de l'évaluation fait entrer en jeu deux types de questions : (1) les questions relatives à la catégorie générale de méthodes qui sont acceptables selon la *Revitalization Act*; et (2) les questions liées à la méthode précise, faisant partie de cette catégorie générale de méthodes acceptables, qui devrait être appliquée en fin de compte.

[50] Les premières questions — les méthodes acceptables suivant la *Revitalization Act* — concernent l'interprétation législative et, par conséquent, sont

are questions of law (*Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at para. 23, citing *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 33). As a result, the courts have jurisdiction to review the arbitrator's resolution of the Valuation Issue in so far as that resolution involves identifying a pool of methodologies consistent with the *Revitalization Act*.

[51] The latter questions — the preferable method among those that are consistent with the *Revitalization Act* — are inextricably linked to the evidentiary record at the arbitration hearing, where various experts opined on the virtues of conflicting valuation methodologies. They are mixed questions, if not pure questions of fact. Therefore, the courts lack jurisdiction to review the arbitrator's selection of a specific methodology among the pool of methodologies which are consistent with the *Revitalization Act*.

[52] The majority of the Court of Appeal in its first decision appears to have merged the two types of questions above and held that both were questions of law (para. 57). This is an error because selection among various technical methodologies which all comply with the compensation provision is undeniably linked to the complex evidentiary record before the arbitrator and engages at the very least mixed questions. The decision of the Court of Appeal on remand does not independently analyze jurisdiction, but it does describe the interpretation of the compensation provision as a question of law (para. 37). In so far as that decision recognizes that the courts' jurisdiction is limited to determining methods that are consistent with the compensation provision and does not extend to choosing among those methods, it properly construes the courts' jurisdiction over the Valuation Issue here.

(b) *Jurisdiction Over the Interest Issue*

[53] In contrast, as Bauman C.J. and Finch C.J., dissenting, both found, I conclude that the courts

des questions de droit (*Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 23, citant *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 33). Ainsi, les tribunaux ont compétence pour contrôler la décision de l'arbitre sur la question de l'évaluation dans la mesure où cette décision consistait à cerner un ensemble de méthodes conformes à la *Revitalization Act*.

[51] Les dernières questions — la meilleure méthode parmi celles qui respectent la *Revitalization Act* — sont inextricablement liées au dossier de preuve présenté à l'audience d'arbitrage, où différents experts se sont prononcés sur les vertus de méthodes d'évaluation incompatibles. Ce sont des questions mixtes, voire des questions de fait pures. Par conséquent, les tribunaux n'ont pas compétence pour contrôler la méthode précise choisie par l'arbitre parmi l'ensemble des méthodes conformes à la *Revitalization Act*.

[52] Les juges majoritaires de la Cour d'appel dans sa première décision semblent avoir fusionné les deux types de questions susmentionnées et conclu que les deux étaient des questions de droit (par. 57). Il s'agit d'une erreur puisque choisir parmi plusieurs méthodes techniques qui sont toutes conformes à la disposition d'indemnisation est indéniablement lié au dossier de preuve complexe dont disposait l'arbitre et fait entrer en jeu à tout le moins des questions mixtes. Dans sa décision faisant suite au renvoi, la Cour d'appel n'analyse pas séparément la compétence, mais elle indique effectivement que l'interprétation de la disposition d'indemnisation est une question de droit (par. 37). Dans la mesure où la Cour d'appel y reconnaît que les tribunaux ont uniquement compétence pour décider des méthodes qui sont conformes à la disposition d'indemnisation et qu'ils ne peuvent faire un choix parmi ces méthodes, la Cour d'appel interprète bien la compétence des tribunaux sur la question de l'évaluation en l'espèce.

(b) *Compétence sur la question des intérêts*

[53] En revanche, à l'instar du juge en chef Bauman et du juge en chef Finch, dissident, je

have no jurisdiction to review the arbitrator's resolution of the Interest Issue.

[54] In this case, the arbitrator interpreted the Amended Agreement — including its No Interest Clause, which originated in the Settlement Framework Agreement and was unchanged by the Amendment — in light of the factual matrix. That was the correct legal test (*Sattva*, at para. 50).

[55] Still, BC argues that the arbitrator let the factual matrix overwhelm the words of the contract, which raises an extricable question of law. In my view, this “overwhelming” principle is subject to two formulations, neither of which confers appellate review jurisdiction in this case, albeit for different reasons.

[56] The first formulation of this “overwhelming” principle is that the factual matrix overwhelms the words of a contract when it is weighed excessively. This formulation fails to confer appellate review jurisdiction here because it is a mixed question.

[57] The goal of contractual interpretation is ascertaining “the objective intentions of the parties”, an “inherently fact specific” exercise (*Sattva*, at para. 55). In interpreting the parties' intentions, the arbitrator weighed the factual matrix with the words of the Amended Agreement. He was alive to BC's submission that the No Interest Clause, in isolation, precluded interest payments (paras. 178-79). Indeed, the arbitrator, on a preliminary basis, accepted this submission (para. 179). But he ultimately held that “[t]he context applying here” revealed a different objective intent, namely to suspend interest only for the duration of negotiations (paras. 180-81). Specifically, the arbitrator assessed the evolving circumstances between the execution of the Settlement Framework Agreement (when the parties were “hopeful” the dispute would be resolved by negotiation and inserted the No Interest Clause in respect of compensation owed) and the execution of the Amended Agreement (when the parties knew negotiations had failed and

conclus que les tribunaux n'ont pas compétence pour contrôler la décision de l'arbitre sur la question des intérêts.

[54] En l'espèce, l'arbitre a interprété la convention modifiée — y compris sa clause zéro intérêt, qui prend sa source dans la convention cadre de règlement et est demeurée telle quelle à la suite de la Modification — à la lumière du fondement factuel. Il s'agit là du bon critère juridique (*Sattva*, par. 50).

[55] Malgré cela, la C.-B. soutient que l'arbitre a laissé le fondement factuel supplanter les termes du contrat, ce qui soulève une question de droit isolable. À mon avis, ce principe de la « supplantation » se prête à deux formulations et aucune d'entre elles ne confère compétence pour procéder à un contrôle en appel dans le cas présent, quoique pour des raisons différentes.

[56] La première formulation de ce principe de la « supplantation » est la suivante : le fondement factuel supplante les termes d'un contrat lorsqu'on lui accorde trop de poids. Cette formulation ne confère pas compétence pour procéder à un contrôle en appel dans le cas présent parce qu'il s'agit d'une question mixte.

[57] L'objectif de l'interprétation contractuelle est de déterminer « l'intention objective des parties », une opération, « de par sa nature même, axé[e] sur les faits » (*Sattva*, par. 55). Lorsqu'il a interprété les intentions des parties, l'arbitre a soupesé le fondement factuel et les termes employés dans la convention modifiée. Il était sensible à l'observation de la C.-B. selon laquelle la clause zéro intérêt, prise isolément, interdisait le paiement d'intérêts (par. 178-179). En effet, l'arbitre a retenu a priori cette observation (par. 179). Par contre, il a conclu en dernière analyse que [TRADUCTION] « [l]e contexte qui s'applique en l'espèce » dévoilait une autre intention objective, à savoir suspendre les intérêts uniquement pour la durée des négociations (par. 180-181). Plus précisément, l'arbitre a apprécié l'évolution de la situation entre la signature de la convention cadre de règlement (lorsque les parties avaient « espoir » que le différend soit réglé par la négociation et qu'elles ont inséré la clause zéro intérêt relativement à

submitted the value of “compensation” to arbitration). He held that the parties, by submitting “compensation” to arbitration, had intended compensation, interest included, to be within his jurisdiction (para. 181).

[58] The arbitrator, after a lengthy and complex hearing, was best situated to weigh the factual matrix in his interpretation of the Amended Agreement. The fact that he may have placed significant weight on that evidence in interpreting the agreement does not engage a legal question conferring jurisdiction on the courts under the *Arbitration Act* as it does not alter the underlying test he applied in this case.

[59] In the Court of Appeal’s first decision, the majority at times appears to follow the first formulation of the “overwhelming” principle, and seems to imply that the arbitrator erred in law by placing excessive emphasis on the factual matrix (para. 125), even though that matrix had never been manifested in an “express provision” in the contract (para. 127). If this is the approach the majority chose, it improperly conflates questions of law (needed at the leave stage for jurisdiction) and errors of law (considered at the merits stage, once jurisdiction has been established). The identification of an alleged legal error should be based on the arbitrator’s application of the wrong test, not on the fact that one would have applied the appropriate legal test differently. Otherwise, it does not raise a legal question conferring jurisdiction on the courts to review the arbitration award (*Sattva*, at paras. 63–66); rather, it skips the jurisdiction stage and immediately proceeds with a review of the arbitrator’s analysis of a mixed question.

[60] Likewise, it is improper to claim that a court should have jurisdiction to review the arbitrator’s contractual analysis merely on the basis that it was allegedly incorrect. Indeed, it would even be improper

l’indemnité due) et la signature de la convention modifiée (lorsque les parties savaient que les négociations avaient avorté et qu’elles ont soumis la question de la valeur de l’« indemnité » à l’arbitrage). Il a conclu que les parties, en soumettant l’« indemnité » à l’arbitrage, voulaient en fait que l’indemnité, y compris les intérêts, relève de sa compétence (par. 181).

[58] L’arbitre — après une audience longue et complexe — était le mieux placé pour soupeser le fondement factuel dans son interprétation de la convention modifiée. La possibilité qu’il ait accordé beaucoup de poids à cette preuve dans son interprétation de la convention ne fait pas intervenir une question de droit conférant compétence aux tribunaux suivant l’*Arbitration Act*, car cela n’altère pas le critère sous-jacent qu’il a appliqué en l’espèce.

[59] Dans la première décision de la Cour d’appel, les juges majoritaires semblent parfois faire leur la première formulation du principe de « supplantation » et semblent laisser sous-entendre que l’arbitre a commis une erreur de droit en accordant une trop grande importance au fondement factuel (par. 125), même si ce fondement ne s’était jamais traduit en une [TRADUCTION] « disposition expresse » dans le contrat (par. 127). Si c’est là l’approche qu’ont retenue les juges majoritaires, elle confond à tort les questions de droit (nécessaires à l’étape de l’autorisation d’appel pour établir la compétence) et les erreurs de droit (prises en compte à l’étape de l’examen au fond, une fois que la compétence a été établie). La conclusion qu’il existerait une erreur de droit doit reposer sur l’application, par l’arbitre, du mauvais critère, et non sur le fait qu’on aurait appliqué différemment le bon critère juridique. Sinon, cela ne soulève pas une question de droit qui accorde aux tribunaux le pouvoir de contrôler la sentence arbitrale (*Sattva*, par. 63–66); au contraire, on saute ainsi l’étape de l’établissement de la compétence pour procéder immédiatement au contrôle de l’analyse d’une question mixte effectuée par l’arbitre.

[60] De même, il est inexact d’affirmer qu’un tribunal devrait avoir compétence pour contrôler l’analyse contractuelle de l’arbitre du seul fait que cette analyse serait incorrecte. En effet, un tribunal aurait

to claim jurisdiction to review an arbitrator's analysis merely on the basis that it was unreasonable. A court looking at the Amended Agreement could have held that the No Interest Clause precluded interest payments and that the Arbitration Clause incorporated that preclusion when it submitted "compensation" (without interest) to arbitration. But to immediately launch into the merits of the arbitrator's contractual analysis — whether it is incorrect or unreasonable — is to put the cart before the horse. His analysis must first be characterized as raising a legal question. And only on the basis of that characterization may his analysis then be reviewed.

[61] Here, the relevant legal principle required the arbitrator to interpret the Amended Agreement "in light of the factual matrix" (*Sattva*, at para. 50). That is precisely what he did. It cannot be found that the arbitrator changed this legal principle simply because someone else might have applied it differently in this case.

[62] The second formulation of the "overwhelming" principle is that the factual matrix overwhelms the words of a contract when it is interpreted in isolation from the words of the contract, effectively creating a new agreement between the parties. This formulation of the "overwhelming" principle raises a legal question, but it lacks arguable merit here. As a result, it also fails to confer appellate review jurisdiction in this case.

[63] In *Sattva*, this Court accepted that, in rare circumstances, the application of an incorrect principle or the failure to apply a principle could give rise to an extricable question of law (paras. 53 and 62-64; see also *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, at para. 21, citing *Housen*, at para. 36). As the Court recognized in *Sattva*, the use of the factual matrix in contractual interpretation is limited by the legal principle that contractual interpretation must remain grounded in the text of the contract so as to avoid effectively creating a new agreement between the parties (para. 57; see also *Hayes Forest*

même tort de se déclarer compétent pour contrôler l'analyse d'un arbitre du seul fait que cette analyse était déraisonnable. Par exemple, le tribunal qui aurait examiné la convention modifiée aurait pu conclure que la clause zéro intérêt interdisait le paiement d'intérêts et que la clause d'arbitrage prévoyait cette interdiction lorsque la question de l'« indemnité » (sans intérêt) a été soumise à l'arbitrage. Mais se pencher immédiatement sur le bien-fondé de l'analyse contractuelle de l'arbitre — qu'elle soit incorrecte ou déraisonnable — revient à mettre la charrie devant les bœufs. Il faut d'abord décider que son analyse soulève une question de droit. Et c'est seulement sur la base de cette décision que son analyse peut ensuite être contrôlée.

[61] En l'espèce, le principe juridique applicable exigeait de l'arbitre qu'il interprète la convention modifiée « à la lumière du fondement factuel » (*Sattva*, par. 50). C'est précisément ce qu'il a fait. On ne saurait conclure que l'arbitre a modifié ce principe juridique simplement parce que quelqu'un d'autre aurait pu l'appliquer différemment en l'espèce.

[62] La seconde formulation du principe de la « supplantation » est la suivante : le fondement factuel supplante les termes d'un contrat lorsqu'on l'interprète séparément de ses termes, créant dans les faits une nouvelle convention entre les parties. Cette formulation du principe en cause soulève une question de droit, mais elle est dépourvue de fondement défendable en l'espèce. Ainsi, elle ne confère pas non plus compétence pour procéder à un contrôle en appel dans l'affaire qui nous occupe.

[63] Dans *Sattva*, notre Cour a accepté que, dans de rares cas, l'application d'un mauvais principe ou l'omission d'appliquer un principe peut soulever une question de droit isolable (par. 53 et 62-64; voir aussi *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, par. 21, citant *Housen*, par. 36). Comme l'a reconnu la Cour dans *Sattva*, le principe juridique selon lequel l'interprétation d'un contrat doit toujours s'appuyer sur le texte de celui-ci limite le recours au fondement factuel dans son interprétation afin d'éviter de créer dans les faits une nouvelle convention entre les parties (par. 57; voir

*Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Black Swan Gold Mines Ltd. v. Goldbelt Resources Ltd.* (1996), 78 B.C.A.C. 193; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at p. 33).

[64] Whether the arbitrator failed to apply the foregoing principle raises a legal question. That said, merely raising a legal question does not exhaust the requirements for jurisdiction under s. 31 of the *Arbitration Act*. To grant leave on such a question of law, the court must be satisfied that the ground of appeal has “arguable merit” (*Sattva*, at para. 74; *Arbitration Act*, s. 31(2)(a)). In my view, if the Court of Appeal on remand had properly conducted a “preliminary examination of the question of law” in light of the reasonableness standard to be applied (*Sattva*, at paras. 74-75 and 106), it would have concluded that there is no arguable merit to this alleged legal error. The arbitrator’s interpretation was rooted in the words of the contract, not overwhelmed by them. While the arbitrator may have placed significant weight on the factual matrix when interpreting the meaning of “compensation”, there is no arguable merit to the claim that he interpreted that matrix isolated from the contract’s words so as to effectively create a new agreement (*Sattva*, at para. 57; Hall, at pp. 33-34).

[65] Again, contractual interpretation is a fact-specific exercise. It follows that a question of law premised on the failure to apply the principle that the factual matrix must not be interpreted in isolation from the words of the contract will be very difficult to extricate in practice. On closer examination, it will often amount to nothing more than a complaint about how much weight was allocated to the factual matrix — in effect, a disagreement about *how* the decision-maker interpreted the words of a contract in light of the factual matrix (*Sattva*, at paras. 50 and 65). In short, the supposed question of law will often reveal itself to be a question about whether the decision-maker applied the principle properly — a

aussi *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Black Swan Gold Mines Ltd. c. Goldbelt Resources Ltd.* (1996), 78 B.C.A.C. 193; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3<sup>e</sup> éd. 2016), p. 33).

[64] Le point de savoir si l’arbitre n’a pas appliqué le principe susmentionné constitue une question de droit. Cela dit, le simple fait de soulever une question de cette nature n’évacue pas toutes les conditions de compétence établies à l’art. 31 de l’*Arbitration Act*. Pour accorder l’autorisation d’appel sur la base d’une telle question de droit, le tribunal doit être convaincu que le moyen d’appel a un « fondement défendable » (*Sattva*, par. 74; *Arbitration Act*, al. 31(2)(a)). À mon avis, si la Cour d’appel, à la suite du renvoi, avait procédé comme il se doit à un « examen préliminaire de la question de droit » en fonction de la norme de la décision raisonnable à appliquer (*Sattva*, par. 74-75 et 106), elle aurait conclu que cette erreur de droit reprochée est dénuée de fondement défendable. L’interprétation de l’arbitre reposait sur les termes du contrat et n’était pas supplantée par ceux-ci. Bien qu’il ait peut-être accordé beaucoup d’importance au fondement factuel quand il a interprété le sens d’« indemnité », la prétention selon laquelle il a interprété ce fondement séparément des termes du contrat de manière à créer effectivement une nouvelle convention est dénuée de fondement défendable (*Sattva*, par. 57; Hall, p. 33-34).

[65] Je le répète, l’interprétation contractuelle est tributaire des faits. Ainsi, il sera très difficile de dégager en pratique une question de droit fondée sur le défaut d’appliquer le principe interdisant d’interpréter le fondement factuel séparément des termes du contrat. Un examen plus attentif montrera que ce n’est souvent rien de plus qu’une plainte au sujet du poids accordé au fondement factuel — en fait, un désaccord sur l’*interprétation* donnée par le décideur aux termes d’un contrat à la lumière du fondement factuel (*Sattva*, par. 50 et 65). Bref, la supposée question de droit se révèle fréquemment une question de savoir si le décideur a appliqué le principe comme il se doit — une question mixte



mixed question — and not about whether the decision-maker applied the proper principle. To extricate a question of law based on the alleged error of having overwhelmed the contract, a reviewing court must be satisfied that the decision-maker interpreted the factual matrix isolated from the words of the contract; an approach which could effectively create a new agreement. There is no arguable merit to the claim that the arbitrator’s analysis here adopted such a flawed approach.

[66] Accordingly, on either formulation of the “overwhelming” principle, the majority of the Court of Appeal (in its first decision) and the unanimous Court of Appeal (in its second decision) erred in finding that the courts had jurisdiction to review the Interest Issue.

(c) *Jurisdiction Over the Lillooet Issue*

[67] The courts similarly lack jurisdiction over the Lillooet Issue because it does not raise a question of law. The majority of the Court of Appeal did not explicitly discuss jurisdiction over the Lillooet Issue, but found that the arbitrator had correctly denied Teal Cedar compensation for the Lillooet Licence. In contrast, the application judge reasoned that he had jurisdiction over the Lillooet Issue. I disagree with both the application judge’s finding of jurisdiction and his decision to remit the issue to the arbitrator for reconsideration.

[68] Bauman C.J. held that the arbitrator’s application of his chosen methodology to the Lillooet Licence raised a pure question of law (para. 84):

Teal argues that as there were improvements associated with the lost volumes in the Lillooet [Timber Supply Area], in light of the methodology adopted by the Arbitrator, it is an error on a pure question of law to deny Teal any compensation for the improvements. I agree that this raises a question of law . . .

— et non de savoir si le décideur a appliqué le bon principe. Pour dégager une question de droit fondée sur la prétendue erreur d’avoir supplanté le contrat, la cour de révision doit être convaincue que le décideur a interprété le fondement factuel séparément des termes du contrat, une approche qui peut effectivement déboucher sur la création d’une nouvelle convention. La prétention selon laquelle l’arbitre a adopté une approche ainsi viciée dans son analyse est dépourvue de fondement défendable en l’espèce.

[66] En somme, peu importe la formulation du principe de « supplantation » que l’on adopte, les juges majoritaires de la Cour d’appel (dans sa première décision) et la Cour d’appel à l’unanimité (dans sa seconde décision) ont conclu à tort que les tribunaux avaient compétence pour examiner la question des intérêts.

c) *Compétence sur la question du permis Lillooet*

[67] Les tribunaux n’ont pas non plus compétence sur la question du permis Lillooet parce que celle-ci ne soulève pas une question de droit. Les juges majoritaires de la Cour d’appel n’ont pas abordé explicitement la compétence sur la question du permis Lillooet, mais ils ont conclu que l’arbitre avait eu raison de refuser à Teal Cedar une indemnité pour le permis Lillooet. Le juge saisi de la requête a pour sa part déterminé qu’il avait compétence sur la question du permis Lillooet. Je suis en désaccord tant avec sa déclaration de compétence qu’avec sa décision de renvoyer la question à l’arbitre pour nouvel examen.

[68] Le juge en chef Bauman a statué que l’application par l’arbitre de la méthode qu’il avait retenue au permis Lillooet soulevait une pure question de droit (par. 84) :

[TRADUCTION] Teal soutient que, comme des améliorations se rapportaient aux volumes perdus dans la zone d’approvisionnement en bois de Lillooet, eu égard à la méthode retenue par l’arbitre, c’est commettre une erreur sur une pure question de droit que de refuser à Teal une indemnité pour les améliorations. Je conviens que cela soulève une question de droit . . .

[69] In my respectful view, this approach improperly conflates jurisdiction with review. The alleged presence of an error in applying the methodology (review) does not necessarily translate into a question of law (jurisdiction). Rather, the question implicated — whether the arbitrator correctly applied the valuation methodology to the Lillooet Licence — is a mixed question. As such, it is beyond the scope of appellate review. A deeper consideration of the arbitrator’s reasoning reveals how the nature of the question raised here by the Lillooet Issue is mixed rather than legal.

[70] In his initial award, the arbitrator denied Teal Cedar Improvements Compensation for the Lillooet Licence based on its unique factual attributes. He found that Teal Cedar lost no areas associated with that licence, and accordingly, suffered no loss of value in respect of improvements linked to that licence, all of which it was still free to use. In the arbitrator’s view, this distinguished the Lillooet Licence from the other two licences, where BC deleted areas, and therefore denied Teal Cedar access to certain improvements associated with those other licences.

[71] In effect, the arbitrator reasoned that the Depreciation Replacement Cost Method, when applied, involves a preliminary assessment of some loss of access to improvements, in fact, before determining the value associated with that loss, in law. Consequently, the parties’ dispute in respect of Improvements Compensation for the Lillooet Licence relates to the arbitrator’s application of his chosen valuation methodology, a mixed question beyond the courts’ jurisdiction.

[72] Indeed, the arbitrator’s basis for denying Improvements Compensation for the Lillooet Licence — that BC never took any areas, and thus never took any improvements, relating to that licence — is a factual inquiry best left to the expertise of the arbitrator whose greater proximity to the complex facts in this case leaves him best-situated to adjudicate this matter.

[69] À mon humble avis, cette approche confond à tort la compétence et le contrôle. La présence alléguée d’une erreur dans l’application de la méthode (contrôle) ne se traduit pas nécessairement par une question de droit (compétence). La question en cause, qui consiste à savoir si l’arbitre a bien appliqué la méthode d’évaluation au permis Lillooet, est plutôt une question mixte. Elle échappe donc à la portée du contrôle en appel. Un examen plus approfondi du raisonnement de l’arbitre révèle en quoi la nature de la question soulevée en l’espèce par le permis Lillooet est mixte plutôt que juridique.

[70] Dans sa sentence initiale, l’arbitre a refusé à Teal Cedar l’indemnité visant les améliorations pour le permis Lillooet en raison de ses caractéristiques factuelles uniques. Il a conclu que Teal Cedar n’avait perdu aucune zone se rattachant à ce permis et qu’elle n’avait par conséquent subi aucune perte de valeur relativement aux améliorations liées à ce permis, améliorations qu’il lui était encore loisible d’utiliser en totalité. Selon l’arbitre, cela distinguait le permis Lillooet des deux autres permis, à l’égard desquels la C.-B. avait retranché des zones, empêchant ainsi Teal Cedar d’avoir accès à certaines améliorations se rapportant à ces autres permis.

[71] En réalité, l’arbitre a estimé que l’application de la méthode du coût de remplacement déprécié impliquait une évaluation préliminaire d’une certaine perte d’accès aux améliorations, en fait, avant de déterminer, en droit, la valeur liée à cette perte. Par conséquent, le différend des parties quant à l’indemnité visant les améliorations pour le permis Lillooet porte sur l’application par l’arbitre de la méthode d’évaluation qu’il a retenue, une question mixte qui échappe à la compétence des tribunaux.

[72] D’ailleurs, la raison pour laquelle l’arbitre a refusé d’accorder l’indemnité visant les améliorations pour le permis Lillooet, à savoir que la C.-B. n’a jamais pris de zones, et n’a donc jamais pris d’améliorations, se rapportant à ce permis, participe de l’examen des faits qu’il vaut mieux laisser à l’expertise de l’arbitre dont la proximité plus étroite avec les faits complexes de la présente affaire fait en sorte qu’il est mieux placé pour trancher cette question.

[73] Having explained why the courts' jurisdiction is limited to the Valuation Issue, I will now consider the two remaining steps in the framework for review of commercial arbitration awards — the standard of review and the review itself — for that issue alone.

#### B. *Standard of Review*

##### (1) Standard of Review for Commercial Arbitration Awards

[74] In an arbitral context like this one, where the decision under review is an award under the *Arbitration Act*, *Sattva* establishes that the standard of review is “almost always” reasonableness (para. 75). This preference for a reasonableness standard dovetails with the key policy objectives of commercial arbitration, namely efficiency and finality. In *Sattva*, Rothstein J. emphasizes that in “commercial arbitration, where appeals are restricted to questions of law, the standard of review will be reasonableness unless the question is one that would attract the correctness standard” (para. 106). He suggests that this may arise only in rare circumstances, such as where a constitutional question or a question of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's expertise is at issue (paras. 75 and 106).

[75] It follows that the nature of the question under review — i.e. legal, factual, or mixed — may inform whether one of those circumstances is present, but it is not dispositive, in itself, of the applicable standard of review. For instance, it would be an error to claim that all statutory interpretation by an arbitrator demands correctness review simply because it engages a legal question. While statutory interpretation is a legal question (*Heritage*, at para. 23, citing *Canadian National Railway*, at para. 33), the mere presence of a legal question does not, on its own,

[73] Ayant expliqué pourquoi les tribunaux ont uniquement compétence sur la question de l'évaluation, je me pencherai maintenant sur les deux étapes restantes du cadre de contrôle des sentences arbitrales commerciales — la norme de contrôle et le contrôle lui-même — pour cette question seulement.

#### B. *Norme de contrôle*

##### (1) Norme de contrôle des sentences arbitrales commerciales

[74] Dans un contexte arbitral comme celui qui nous occupe, où la décision faisant l'objet du contrôle est une sentence rendue sur la base de l'*Arbitration Act*, l'arrêt *Sattva* établit que la norme de contrôle applicable est « presque toujours » celle de la décision raisonnable (par. 75), laquelle concorde avec les principaux objectifs de politique générale de l'arbitrage commercial, à savoir l'efficacité et le caractère définitif. Dans *Sattva*, le juge Rothstein souligne qu'en « matière d'arbitrage commercial, la possibilité d'interjeter appel étant subordonnée à l'existence d'une question de droit, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, à moins que la question n'appartienne à celles qui entraînent l'application de la norme de la décision correcte » (par. 106). Il indique que cette norme ne s'applique que dans de rares circonstances, comme lorsqu'une question constitutionnelle ou une question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre est en cause (par. 75 et 106).

[75] La nature de la question à l'examen — c'est-à-dire de droit, de fait ou mixte — peut donc indiquer si l'une de ces circonstances est présente, mais elle ne permet pas, à elle seule, d'établir la norme de contrôle applicable. Par exemple, il serait erroné d'affirmer que toutes les interprétations législatives d'un arbitre commandent l'application de la norme de la décision correcte simplement parce qu'elles font intervenir une question de droit. Bien que l'interprétation législative soit une question de droit (*Heritage*, par. 23, citant *Compagnie des chemins de*

preclude the application of a reasonableness review in a commercial arbitration context. *Sattva* is clear in this regard.

[76] In contrast, where the decision under review is, for example, a civil litigation judgment, the nature of the question is dispositive of the standard of review, with factual and mixed questions being reviewed for palpable and overriding error (*Housen*, at paras. 10 and 36) and legal questions — including extricable questions of law — being reviewed for correctness (*Housen*, at paras. 8 and 36). It is therefore critical to bear these distinctions in mind when determining the appropriate standard of review in any given case.

(2) Standard of Review for the Valuation Issue

[77] The decisions below, other than that of the Court of Appeal on remand, largely avoid the question of the standard of review. Bauman C.J. held that the arbitrator had “correctly answered” the Valuation Issue, suggesting a correctness standard of review (para. 57). Similarly, the majority employed correctness language in their reasoning (para. 57). In dissent, Finch C.J. simply noted the absence of errors in Bauman C.J.’s Valuation Issue analysis, making the appropriate standard of review immaterial to his holding (para. 143). To be fair, these decisions predated *Sattva* and lacked this Court’s guidance on standard of review in a commercial arbitration context such as this one.

[78] However, on remand, the Court of Appeal had the benefit of *Sattva*, and its decision was specifically directed toward reconsidering the majority’s decision in light of *Sattva*. In my view, the Court of Appeal erroneously held that the standard of review should be correctness for the Valuation Issue (paras. 35-37).

*fer nationaux du Canada*, par. 33), la simple présence d’une question de droit n’empêche pas, à elle seule, d’appliquer la norme de la décision raisonnable dans un contexte d’arbitrage commercial. L’arrêt *Sattva* est clair à ce sujet.

[76] En revanche, lorsque la décision faisant l’objet du contrôle est, par exemple, un jugement en matière civile, la nature de la question permet d’établir la norme de contrôle applicable, puisque les questions de fait et les questions mixtes sont examinées selon la norme de l’erreur manifeste et déterminante (*Housen*, par. 10 et 36) et les questions de droit — y compris les questions de droit isolables — doivent l’être en fonction de la norme de la décision correcte (*Housen*, par. 8 et 36). Il est donc crucial de garder ces distinctions à l’esprit lorsque l’on détermine la norme de contrôle applicable dans un cas donné.

(2) Norme de contrôle applicable à la question de l’évaluation

[77] Les décisions des juridictions inférieures, mis à part celle rendue par la Cour d’appel à la suite du renvoi, éludent en grande partie la question de la norme de contrôle. Le juge en chef Bauman a conclu que l’arbitre [TRADUCTION] « a[vait] correctement répondu » à la question de l’évaluation, laissant ainsi supposer qu’il a appliqué la norme de la décision correcte (par. 57). De même, les juges majoritaires emploient le terme « correct » dans leur raisonnement (par. 57). Le juge en chef Finch, dissident, n’a fait que souligner l’absence d’erreurs dans l’analyse de la question de l’évaluation à laquelle s’était livré le juge en chef Bauman, ce qui rend la norme de contrôle sans importance pour sa conclusion (par. 143). En toute justice, ces décisions précèdent l’arrêt *Sattva* et leurs auteurs ne bénéficiaient pas alors des directives de notre Cour sur la norme de contrôle applicable dans un contexte d’arbitrage commercial comme celui qui nous occupe.

[78] Toutefois, à la suite du renvoi, la Cour d’appel avait connaissance de l’arrêt *Sattva* et sa décision avait expressément pour objet de revoir la décision des juges majoritaires à la lumière de cet arrêt. À mon sens, la Cour d’appel a conclu à tort que la norme de contrôle applicable à la question de

Its decision appears to suggest that questions of law, such as statutory interpretation, necessarily attract a correctness standard of review (paras. 36-37). In so far as the Court of Appeal intended to make this suggestion, it is incorrect. As stated before, while the nature of the question (legal, mixed, or fact) is dispositive of the standard of review in the civil litigation context (*Housen*, at paras. 8, 10 and 36), it is not in the commercial arbitration context (*Sattva*, at paras. 75 and 106).

[79] Rather, the standard of review on the legal questions arising from the arbitrator's analysis of the Valuation Issue is reasonableness. As discussed, under *Sattva*, reasonableness review is almost always applied in commercial arbitration (para. 75). That preference is not negated here in light of the nature of the question at issue and the arbitrator's presumed expertise.

[80] The question at issue — determining the category of appropriate valuation methodologies under a BC forestry statute — is not a previously recognized exceptional question identified in *Sattva* (paras. 75 and 106). It is clearly not a constitutional question. Similarly, it is neither of central importance to the legal system as a whole (limited, as it is, to a single province and a single industry) nor is it outside the expertise of the arbitrator (whom the parties chose to adjudicate this very dispute and whose expertise is therefore presumed). Further, the relevant portions of the *Dunsmuir* analysis (as per *Sattva*, at para. 106) favour reasonableness review.

[81] For example, specialized expertise supports reasonableness review here. As discussed, the parties selected the arbitrator to adjudicate this exact issue, hence unambiguously affirming their acceptance of his sufficient expertise. Despite this, in its decision on remand, the Court of Appeal held that the arbitrator's lack of expertise regarding forestry statutes favoured a correctness standard of review (para. 35).

l'évaluation devait être celle de la décision correcte (par. 35-37). Sa décision semble suggérer que les questions de droit, comme l'interprétation des lois, appellent toujours la norme de la décision correcte (par. 36-37). Dans la mesure où la Cour d'appel a voulu faire cette suggestion, celle-ci est erronée. Comme je l'ai déjà mentionné, si la nature de la question (de droit, mixte ou de fait) permet de déterminer la norme de contrôle applicable dans le contexte d'un litige civil (*Housen*, par. 8, 10 et 36), elle ne permet pas de le faire dans le contexte de l'arbitrage commercial (*Sattva*, par. 75 et 106).

[79] La norme de contrôle applicable aux questions de droit découlant de l'analyse de la question de l'évaluation effectuée par l'arbitre est plutôt celle de la décision raisonnable. Comme nous l'avons vu, d'après l'arrêt *Sattva*, le contrôle selon la norme de la décision raisonnable s'applique presque toujours en matière d'arbitrage commercial (par. 75). Ce penchant n'est pas exclu en l'espèce vu la nature de la question en litige et l'expertise présumée de l'arbitre.

[80] La question en litige, qui consiste à déterminer la catégorie de méthodes d'évaluation conformes à une loi forestière de la C.-B., n'est pas une exception déjà reconnue mentionnée dans l'arrêt *Sattva* (par. 75 et 106). Ce n'est manifestement pas une question constitutionnelle. De même, elle ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble (puisque'elle concerne une seule province et une seule industrie) et n'est pas non plus étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre (qui a été choisi par les parties pour trancher ce différend précis et qui est donc présumé posséder l'expertise requise). De plus, les éléments pertinents de l'analyse établie dans *Dunsmuir* (*Sattva*, par. 106) militent en faveur d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[81] Par exemple, l'expertise spécialisée appuie le contrôle selon la norme de la décision raisonnable en l'espèce. Comme nous l'avons vu, les parties ont choisi l'arbitre pour trancher précisément cette question, confirmant ainsi de façon non équivoque leur reconnaissance de son expertise. Malgré cela, dans la décision qu'elle a rendue à la suite du renvoi, la Cour d'appel a conclu que le manque d'expertise de

With respect, that disregards this Court's guidance in *Sattva* that arbitrators chosen by the parties "may be presumed . . . chosen either based on their expertise in the area which is the subject of dispute or . . . otherwise qualified in a manner that is acceptable to the parties" (para. 105). The Court of Appeal's reasoning also disregards the practical reality that, to weigh an arbitrator's actual (as opposed to presumed) expertise in every arbitration would require some sort of preliminary assessment of the arbitrator's level of expertise with a view to establishing the standard of review for every particular hearing — which would be antithetical to the efficiencies meant to be gained through the arbitration process.

[82] Of course, the presumed expertise of a decision-maker remains a "contextual" consideration (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 64). In *Sattva*, the arbitration was voluntary (para. 9), whereas arbitration in this case was statutorily imposed (*Revitalization Act*, s. 6(6)), a point specifically made by the Court of Appeal in its decision on remand (para. 35). But that distinction does not amount to much. The parties in this case still had complete control over the choice of their arbitrator; despite anticipated regulations "prescribing requirements for the selection of arbitrators" (*Revitalization Act*, s. 13(2)(b)(v)), no such regulations had been enacted at the time the arbitration arose. In addition, as noted, the arbitrator here considered the very issue he was mandated to address by both statute and party consent. If an issue were to arise in the course of an arbitration that was beyond the foreseeable scope of an arbitrator's mandate, that could well undermine an arbitrator's presumed expertise. But that is simply not the case before us.

[83] In closing on this point, I observe that the applicability of a reasonableness standard of review in this case is hardly disputable. We are, after all, in

l'arbitre en ce qui concerne les lois forestières militait en faveur de la norme de la décision correcte (par. 35). Soit dit en tout respect, cette conclusion ne tient pas compte de la directive donnée par la Cour dans l'arrêt *Sattva*, selon laquelle, quand les parties choisissent leur arbitre, « on peut présumer qu'elles fondent leur choix sur l'expertise de l'arbitre dans le domaine faisant l'objet du litige ou jugent sa compétence acceptable » (par. 105). Le raisonnement de la Cour d'appel fait également abstraction de la réalité concrète selon laquelle l'appréciation de l'expertise réelle (plutôt que présumée) de l'arbitre dans chaque arbitrage nécessiterait une certaine évaluation préliminaire du degré d'expertise de l'arbitre en vue d'établir la norme de contrôle applicable à chaque audience — ce qui ferait obstacle aux gains en efficacité que l'on cherche à réaliser par la procédure d'arbitrage.

[82] Bien entendu, l'expertise présumée du décideur demeure un élément « contextuel[1] » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 64). Dans *Sattva*, l'arbitrage était volontaire (par. 9), alors qu'en l'espèce, l'arbitrage était imposé par la loi (*Revitalization Act*, par. 6(6)), un point que la Cour d'appel a explicitement fait valoir dans la décision qu'elle a rendue à la suite du renvoi (par. 35). Or, cette distinction porte peu à conséquence. Les parties en l'espèce exerçaient toujours un contrôle complet sur le choix de leur arbitre; même si on s'attendait à la prise d'un règlement [TRADUCTION] « prescrivant [. . .] les exigences liées à la sélection des arbitres » (*Revitalization Act*, sous-al. 13(2)(b)(v)), aucun règlement de ce genre n'avait encore été adopté au moment où a eu lieu l'arbitrage. De plus, comme je l'ai souligné, l'arbitre a examiné en l'espèce la question même qu'il était chargé d'étudier en vertu de la loi et sur consentement des parties. Si une question débordant le cadre prévisible du mandat d'un arbitre devait être soulevée au cours d'un arbitrage, cela pourrait fort bien miner l'expertise présumée de l'arbitre, mais ce n'est tout simplement pas le cas en l'espèce.

[83] Pour conclure sur ce point, je ferai remarquer que l'applicabilité de la norme de la décision raisonnable en l'espèce n'est guère contestable. Nous

a commercial arbitration context, in which, from a policy perspective, the deliberate aim is to maximize efficiency and finality. Further, the arbitrator was specifically assigned jurisdiction over the discrete issue of valuation by the *Revitalization Act* (s. 6(6)), an issue in which he, having been chosen by consent of the parties, is expected to have specialized expertise. This merits deferential review.

### C. *Review of the Valuation Issue*

[84] Turning to the review step of the analysis, like the application judge and the dissent at the Court of Appeal, I find that the arbitrator’s determination that the Depreciation Replacement Cost Method was consistent with the *Revitalization Act* was reasonable. This decision fell within a range of possible, acceptable outcomes which were defensible in respect of the facts and law, and the decision was justified, transparent, intelligible, and defensible (*Dunsmuir*, at para. 47). In my view, the broad and open-ended language of the *Revitalization Act* does not inevitably lead to “a single reasonable interpretation” (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 38) such as the market value approach endorsed by my colleagues’ reasons (paras. 133-34).

#### (1) Background Observations

[85] Two background observations reinforce the reasonableness of the arbitrator’s decision in this case and should be discussed before the arbitrator’s specific line of reasoning is explored.

[86] First, the *Revitalization Act* anticipated the Lieutenant Governor in Council passing regulations “prescribing methods of evaluation for use in determining value” (*Revitalization Act*, s. 13(2)(b)(ii)), but no such regulations had been passed at the time of dispute, or even at the time of the hearing before this Court (transcript, at p. 9). In the absence of such regulations, the legislative scheme acknowledges that determining “value” in these circumstances gives rise to a range of reasonable

nous trouvons, après tout, dans un contexte d’arbitrage commercial qui, en principe, vise délibérément à maximiser l’efficacité et le caractère définitif. En outre, l’arbitre s’est expressément vu attribuer une compétence sur la question distincte de l’évaluation par la *Revitalization Act* (par. 6(6)), une question sur laquelle on s’attend à ce qu’il possède une expertise spécialisée, ayant été choisi sur consentement des parties. Cela commande un contrôle empreint de déférence.

### C. *Contrôle de la question de l’évaluation*

[84] En ce qui concerne maintenant l’étape du contrôle de l’analyse, à l’instar du juge saisi de la requête et du juge dissident en Cour d’appel, j’estime que la conclusion de l’arbitre selon laquelle la méthode du coût de remplacement déprécié respectait la *Revitalization Act* était raisonnable. Cette décision appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit, et la décision était justifiée, transparente, intelligible et défendable (*Dunsmuir*, par. 47). J’estime que le libellé large et non limitatif de la *Revitalization Act* ne mène pas inévitablement à « une seule interprétation raisonnable » (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 38) telle l’approche fondée sur la valeur marchande qu’ont retenue mes collègues dans leurs motifs (par. 133-134).

#### (1) Observations générales

[85] Il convient de formuler deux observations générales renforçant le caractère raisonnable de la décision de l’arbitre en l’espèce avant de se pencher sur son raisonnement précis.

[86] Tout d’abord, la *Revitalization Act* prévoyait que le lieutenant-gouverneur en conseil prendrait un règlement [TRADUCTION] « prescrivant [. . .] les méthodes d’évaluation à utiliser pour déterminer la valeur » (*Revitalization Act*, sous-al. 13(2)(b)(ii)), mais aucun règlement de ce genre n’avait été pris au moment du litige, ni même au moment de l’audience devant notre Cour (transcription, p. 9). En l’absence d’un tel règlement, le régime législatif reconnaît que la détermination de la « valeur »

interpretations (see *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18, citing *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59). Put differently, the anticipated (yet non-promulgated) regulations suggest that determining “value” per the *Revitalization Act* is not an analysis in which “the ordinary tools of statutory interpretation lead to a single reasonable interpretation” (*McLean*, at para. 38). Indeed, if there were only one reasonable interpretation for determining value, the regulatory power provided in s. 13 of the *Revitalization Act* would be superfluous, contrary to established principles of statutory interpretation.

[87] Second, the arbitrator’s determination of a reasonable valuation method must be assessed in the context of his reasons as a whole. Three “generally recognized valuation approaches” were presented to the arbitrator: Market Value, Income, and Depreciation Replacement Cost (para. 112). The arbitrator specifically explained his rejection of the first two methods on the basis that the value they generated did not correspond to a sensible value in the context of Crown land (which can neither be sold for market value nor generate income), a fact admitted by BC’s own expert at the hearing (para. 113). As a result, the reasonableness of the arbitrator’s analysis cannot be assessed solely with respect to the reasonableness of the Depreciation Replacement Cost Method in isolation. As the arbitrator recognized, all of the methods from the arbitration hearing had their own flaws (paras. 112-20). This was a reality the arbitrator had to grapple with while negotiating abundant expert evidence juxtaposing those methods. His ultimate choice — the Depreciation Replacement Cost Method — was defensible on the facts and the law.

## (2) Arbitrator’s Award

[88] With the above background points addressed, I now turn to the logic of the arbitrator’s award, which proceeded as follows:

dans ces circonstances donne ouverture à un éventail d’interprétations raisonnables (voir *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18, citant *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59). Autrement dit, le règlement anticipé (mais non encore promulgué) donne à penser qu’établir la « valeur » conformément à la *Revitalization Act* ne participe pas d’une analyse dans laquelle « les méthodes habituelles d’interprétation législative mènent à une seule interprétation raisonnable » (*McLean*, par. 38). D’ailleurs, s’il n’existait qu’une seule interprétation raisonnable pour déterminer la valeur, le pouvoir de réglementation prévu à l’art. 13 de la *Revitalization Act* serait superflu, contrairement aux principes établis d’interprétation des lois.

[87] Ensuite, le choix par l’arbitre d’une méthode d’évaluation raisonnable doit être apprécié eu égard à ses motifs dans leur ensemble. Trois [TRADUCTION] « méthodes d’évaluation généralement reconnues » ont été proposées à l’arbitre : celles de la valeur marchande, du revenu et du coût de remplacement déprécié (par. 112). L’arbitre a expressément expliqué qu’il avait rejeté les deux premières méthodes parce que les valeurs qu’elles donnaient ne correspondaient pas à une valeur raisonnable dans le cas des terres de la Couronne (qui ne peuvent ni être vendues à leur valeur marchande ni générer de revenu), un fait qui a été admis par le propre expert de la C.-B. à l’audience (par. 113). Ainsi, le caractère raisonnable de l’analyse de l’arbitre ne peut être apprécié uniquement en fonction du caractère raisonnable de la méthode du coût de remplacement déprécié prise isolément. Comme l’a reconnu l’arbitre, toutes les méthodes présentées au cours de l’audience d’arbitrage comportaient des lacunes (par. 112-120). C’est une réalité avec laquelle l’arbitre a dû composer en examinant une abondante preuve d’expert juxtaposant ces méthodes. Son choix final — la méthode du coût de remplacement déprécié — était défendable au vu des faits et du droit.

## (2) Sentence de l’arbitre

[88] Les points généraux qui précèdent ayant été abordés, je passe maintenant à la logique de la sentence de l’arbitre, qui a suivi le raisonnement suivant :



- |   |  |
|---|--|
| <p>(a) The compensation provision entitles Teal Cedar to “compensation . . . in an amount equal to the value of improvements made to Crown land”. Accordingly, the arbitrator must select a valuation method for the “value of improvements made to Crown land”.</p>  | <p>a) La disposition d’indemnisation donne à Teal Cedar le droit de toucher une [TRADUCTION] « indemnité égale à la valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne ». L’arbitre doit donc choisir une méthode d’évaluation permettant de déterminer la « valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne ».</p>   |
| <p>(b) The valuation method need not be coterminous with the value of Teal Cedar’s actual financial loss, as BC argues. Rather, the compensation provision expressly tells the arbitrator what the valuation method must be linked to, namely, “the value of improvements made to Crown land”.</p>  | <p>b) Il n’est pas nécessaire que la méthode d’évaluation coïncide avec la valeur de la perte financière réelle de Teal Cedar, comme le prétend la C.-B. En effet, la disposition d’indemnisation indique expressément à l’arbitre à quoi la méthode d’évaluation doit se rapporter, à savoir « la valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne ».</p>   |
| <p>(c) The Depreciation Replacement Cost Method was accepted by both parties as a reasonable means of valuing improvements made to Crown land.</p>  | <p>c) La méthode du coût de remplacement déprécié a été reconnue par les deux parties comme un moyen raisonnable d’évaluer les améliorations apportées aux terres de la Couronne.</p>  |
| <p>(d) An interpretation of the <i>Revitalization Act</i> as a whole supports the Depreciation Replacement Cost Method because it is the only valuation methodology actually presented to the arbitrator that determines Improvements Compensation separately from Rights Compensation, in keeping with their separate treatment under the <i>Revitalization Act</i>.</p> | <p>d) Une interprétation de la <i>Revitalization Act</i> dans son ensemble appuie le choix de la méthode du coût de remplacement déprécié parce qu’il s’agit de la seule méthode d’évaluation proposée à l’arbitre qui permet de fixer l’indemnité visant les améliorations séparément de l’indemnité visant les droits, ce qui est conforme au traitement distinct que leur réserve la <i>Revitalization Act</i>.</p> |
| <p>(e) In any event, interpreting the <i>Revitalization Act</i> is impossible with the other main methods proposed at the hearing — the Market Value Method and Income Method — because these methods are inapplicable to Crown land, which cannot be sold and which cannot generate income.</p>  | <p>e) De toute façon, il est impossible d’interpréter la <i>Revitalization Act</i> en fonction des autres principales méthodes proposées à l’audience — celle de la valeur marchande et celle fondée sur le revenu — parce que ces méthodes sont inapplicables aux terres de la Couronne, qui ne peuvent ni être vendues ni générer de revenu.</p>   |

[89] This reasoning is supportable and understandable, and thus reasonable. As found by Bauman C.J. (para. 52) and Finch C.J., dissenting (paras. 141-43), it is logical to link the quantum of Improvements Compensation to “the value of improvements made to Crown land” when that is precisely what is prescribed by the *Revitalization Act*. Indeed, linking the

[89] Ce raisonnement est soutenable et compréhensible, et donc raisonnable. Comme l’ont conclu le juge en chef Bauman (par. 52) et le juge en chef Finch, dissident (par. 141-143), il est logique de lier le montant de l’indemnité visant les améliorations à « la valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne » quand c’est précisément ce que

quantum of Improvements Compensation to “the value of improvements made to Crown land” is the stronger plain language interpretation of the *Revitalization Act*.

### (3) BC’s Arguments Against the Award

[90] Conversely, BC’s attacks on the reasonableness of the arbitrator’s reasoning are, in reality, attacks on the correctness of the arbitrator’s reasoning. Similarly, the majority — which misidentified the standard of review as correctness — improperly conducted a correctness review of the arbitrator’s decision, rather than assessing its reasonableness (para. 68). This tainted their whole analysis of the decision.

[91] BC’s first argument addresses the plain language interpretation of the compensation provision. BC’s position is based on a truncated version of the compensation provision, where BC interprets the word “compensation” in isolation and reasons that such compensation must be limited to Teal Cedar’s actual financial loss. This was, similarly, the approach taken by the majority of the Court of Appeal in its first decision (paras. 68 and 72-73) and subsequently by the Court of Appeal on remand (para. 38). However, the complete version of the compensation provision sets the value of the compensation at “an amount equal to the value of improvements made to Crown land”, as noted by Bauman C.J. (para. 52), and affirmed by Finch C.J., dissenting (paras. 141-43). If that amount exceeds Teal Cedar’s actual loss, such reasoning falls far short of indefensible, especially in so far as the arbitrator’s chosen methodology is: (1) consistent with common law principles informing the liberal interpretation of remedial expropriation legislation (*Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32, at pp. 44-46, as noted by Bauman C.J. (paras. 46-48)); and (2) the only methodology of the three presented which reflects the *Revitalization Act*’s deliberate separation of Rights Compensation and Improvements Compensation, also noted by Bauman C.J. (para. 63). Recall that the issue on

prescrit la *Revitalization Act*. D’ailleurs, le fait de lier le montant de l’indemnité visant les améliorations à « la valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne » constitue la meilleure interprétation fondée sur le sens ordinaire que l’on puisse donner à la *Revitalization Act*.

### (3) Arguments de la C.-B. contre la sentence

[90] Inversement, les attaques de la C.-B. contre le caractère raisonnable du raisonnement de l’arbitre sont en réalité des attaques contre la justesse de ce raisonnement. De même, les juges majoritaires — qui ont fait erreur en considérant que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte — ont procédé à tort au contrôle de la décision de l’arbitre suivant cette norme, plutôt que d’en apprécier le caractère raisonnable (par. 68), ce qui a entaché toute leur analyse de la décision.

[91] Le premier argument de la C.-B. traite de l’interprétation fondée sur le sens ordinaire de la disposition d’indemnisation. La position de la C.-B. repose sur une version tronquée de la disposition d’indemnisation, où la C.-B. interprète isolément le terme « indemnité » et soutient que celle-ci ne doit pas être supérieure à la perte financière réelle de Teal Cedar. Il s’agit également de la démarche retenue par la majorité de la Cour d’appel dans sa première décision (par. 68 et 72-73), puis par la Cour d’appel à la suite du renvoi (par. 38). Or, la version complète de la disposition d’indemnisation fixe la valeur de l’indemnité à [TRADUCTION] « [un montant] éga[1] à la valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne », comme l’a souligné le juge en chef Bauman (par. 52) et l’a confirmé le juge en chef Finch, dissident (par. 141-143). Si ce montant excède la perte réelle de Teal Cedar, un tel raisonnement est très loin d’être indéfendable, surtout dans la mesure où la méthode choisie par l’arbitre : (1) est conforme aux principes de common law qui sous-tendent l’interprétation libérale des lois réparatrices en matière d’expropriation (*Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32, p. 44-46, dont a fait état le juge en chef Bauman (par. 46-48)); et (2) constitue la seule méthode parmi les trois proposées qui reflète la distinction entre l’indemnité visant les droits

review is not whether the arbitrator's interpretation was correct, but rather whether that interpretation — which is supported by the plain language of the provision — was reasonable.

[92] My colleagues suggest that the “obvious ordinary meaning” of the compensation provision limits compensation to Teal Cedar’s “limited interest in the improvements as a licence holder” (para. 112). I respectfully disagree that this is the only reasonable interpretation of the provision at issue. Admittedly, the provision mentions that this compensation is paid to licence holders. But it makes no mention of limiting compensation in accordance with the nature of a licence holder’s technical legal interest. Rather, it sets compensation equal to the “value of improvements made to Crown land”, the interpretation ultimately adopted by the arbitrator.

[93] BC’s second argument addresses the purpose of the compensation provision. BC claims that the purpose of the compensation provision — i.e. paying back companies for the improvements they made and to which they were subsequently denied access — precludes a “windfall” payment to companies equal to the notional “value of [all] improvements made to Crown land”. The majority of the Court of Appeal in its first decision (at para. 73) and subsequently the Court of Appeal on remand (at para. 38) similarly felt that “[t]he Legislature could not have intended” such a “publicly financed windfall” in compensation. Likewise, my colleagues label this “gross overcompensation” effectively on the basis that it exceeded the market value of the improvements (para. 134-36). But characterizing the payment resulting from the Depreciation Replacement Cost Method as a windfall begs the question, i.e. it assumes that compensation equal to the “value of [all] improvements” is excessive in the course of explaining that excess. To result in a windfall, the method would have to provide excessive compensation to forestry companies. And BC’s basis for claiming that excessive compensation was paid in

et l’indemnité visant les améliorations prévue délibérément par la *Revitalization Act*, dont a également fait état le juge en chef Bauman (par. 63). Rappelons que la question à l’examen n’est pas de savoir si l’interprétation de l’arbitre était correcte, mais plutôt de savoir si cette interprétation — étayée par le sens ordinaire de la disposition — était raisonnable.

[92] Mes collègues suggèrent que le « sens ordinaire [. . .] évident » de la disposition d’indemnisation fait en sorte que l’indemnité ne doit pas dépasser l’« intérêt limité [de Teal Cedar] dans les améliorations en tant que titulaire de permis » (par. 112). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord qu’il s’agit là de la seule interprétation raisonnable de la disposition en cause. Certes, la disposition indique que cette indemnité est versée aux titulaires de permis, mais elle ne parle pas de la limiter en fonction de la nature de l’intérêt légal technique que possède un titulaire de permis. Elle fixe plutôt l’indemnité à un montant égal à la « valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne », soit l’interprétation retenue en fin de compte par l’arbitre.

[93] Le deuxième argument de la C.-B. porte sur l’objet de la disposition d’indemnisation. La C.-B. soutient que cet objet — c.-à-d. de rembourser les entreprises des améliorations qu’elles ont effectuées et auxquelles elles se sont vu par la suite refuser l’accès — empêche les entreprises de réaliser un [TRADUCTION] « gain fortuit » égal à la « valeur [nominale] de [toutes] les améliorations apportées aux terres de la Couronne ». La majorité de la Cour d’appel dans sa première décision (par. 73), puis la Cour d’appel à la suite du renvoi (par. 38) partageaient l’avis que [TRADUCTION] « [l]e législateur ne pouvait avoir souhaité » un tel « gain fortuit financé à même les fonds publics » en guise d’indemnité. Dans le même ordre d’idées, mes collègues qualifient en fait cette indemnité de « nettement excessive » au motif qu’elle excède la valeur marchande des améliorations (par. 134-136). Or, le fait de qualifier le paiement résultant de la méthode du coût de remplacement déprécié de gain fortuit élude la question, en ce qu’on tient ainsi pour acquis qu’une indemnité égale à la « valeur de [toutes] les améliorations » est excessive alors qu’on est en train d’expliquer cet excès. Pour donner lieu à un gain fortuit, il faudrait

this case is the assumption that it was inappropriate for the arbitrator to order compensation in excess of Teal Cedar's actual costs, despite the absence of any reference in the *Revitalization Act* limiting Teal Cedar's compensation to its actual costs or expenses.

[94] The full “value of improvements made to Crown land” is the language chosen by the legislature as the quantum for the compensation provision. If the BC legislature had wanted to pay companies less than the “value of improvements made to Crown land”, it would not have set the amount of compensation “equal to” it. As a consequence, the arbitrator's reasoning is hardly indefensible, particularly when the wording of the compensation provision so clearly fixes compensation at the specific amount chosen by the arbitrator. Further, it is hardly indefensible to select a valuation method in excess of the actual costs incurred by forestry companies in improving their Crown land when the commercial value of those improvements — which are necessary instruments in Teal Cedar's complex and profitable timber operations — presumably exceeds the initial costs required to install the improvements in the first place. Indeed, one could argue that the notional cost of constructing the improvements attached to certain licences was built in to the cost of procuring the licence, hence justifying compensation when access to those improvements was restricted.

[95] As such, the desire to limit Teal Cedar's compensation to its actual loss or damage or to what it lost through BC's takebacks is more complex than one might think, further justifying deference to the arbitrator's view of the abundant expert evidence before him. For example, my colleagues hold that the compensation should reflect how Teal Cedar only lost its right to use the improvements, not the improvements themselves (para. 123). But the arbitrator was clearly alive to this concern when he noted

que la méthode accorde une indemnité excessive aux entreprises forestières. Mais la C.-B. appuie sa prétention voulant qu'une indemnité excessive ait été payée en l'espèce sur la supposition selon laquelle il ne convenait pas que l'arbitre ordonne le paiement d'une indemnité supérieure aux frais réels de Teal Cedar, et ce, malgré l'absence dans la *Revitalization Act* de toute disposition limitant l'indemnité de Teal Cedar à ses frais ou dépenses réels.

[94] La pleine « valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne » est l'expression choisie par le législateur pour désigner le montant de l'indemnité dans la disposition d'indemnisation. Si le législateur de la C.-B. avait voulu verser aux entreprises une indemnité inférieure à la « valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne », il n'aurait pas prévu une indemnité « égale à » celle-ci. Le raisonnement de l'arbitre n'est donc guère indéfendable, d'autant plus que le libellé de la disposition d'indemnisation fixe clairement l'indemnité au montant précisément établi par l'arbitre. En outre, il n'est guère indéfendable de choisir une méthode d'évaluation qui donne une indemnité excédant les frais réellement engagés par les entreprises forestières pour apporter des améliorations à leurs terres de la Couronne lorsque la valeur commerciale de ces améliorations — qui sont des instruments nécessaires aux activités forestières complexes et lucratives de Teal Cedar — excède vraisemblablement les coûts initiaux qui ont dû être supportés pour les installer au départ. En effet, on pourrait soutenir que le coût théorique de construction des améliorations se rapportant à certains permis était incorporé dans le coût d'obtention du permis, ce qui justifierait une indemnité lorsque l'accès à ces améliorations a été restreint.

[95] Ainsi, le désir de restreindre l'indemnité de Teal Cedar à la perte ou aux dommages qu'elle a réellement subis par suite des reprises de la C.-B. est plus complexe qu'on ne le croit, ce qui justifie d'autant plus que l'on fasse preuve de déférence envers l'opinion que s'est fait l'arbitre devant l'abondante preuve d'expert dont il disposait. Par exemple, mes collègues concluent que l'indemnité doit tenir compte du fait que Teal Cedar a seulement perdu son droit d'utiliser les améliorations, et non

that the amount of compensation he ultimately determined was lower than Teal Cedar's actual historical costs expended on improvements (para. 140), and when he deducted from his final compensation figure spur roads which, as a matter of fact, are useless after their initial use (para. 166). Similarly, my colleagues state that Teal Cedar was already compensated "for future construction costs through deductions from stumpage fees" (para. 126). But, as the arbitrator explained with reference to the record before him, stumpage (1) ultimately affects the value of the harvesting rights, compensation for which the parties settled on (para. 127); (2) was not even considered in the recognized valuation methodology he ultimately adopted (para. 127); and (3) cannot negate Improvements Compensation since the compensation provision presupposes compensation not captured by other avenues, such as reduced stumpage fees (para. 156).

[96] In reality, BC's "windfall" complaint is not that Teal Cedar received more compensation than the *Revitalization Act* requires in law, but rather, that Teal Cedar received more compensation than it allegedly deserved in fact. But the arbitrator's role in interpreting the *Revitalization Act* is not to assess the amount of compensation morally owed to Teal Cedar; it is to assess the amount of compensation prescribed by the *Revitalization Act*.

[97] BC's third argument is based on discussion of the *Revitalization Act* in Hansard, where the former Minister of Forests described how the compensation provision intended to compensate forestry companies for the fact that they had actual financial costs associated with their improvements: "They have built roads; they have built bridges. They deserve to be compensated for those costs if they are precluded from utilizing that infrastructure to harvest areas that are going to be redistributed elsewhere" (British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 13, No. 6, 4th Sess.,

les améliorations elles-mêmes (par. 123). Or, l'arbitre était clairement sensible à cette préoccupation quand il a fait remarquer que le montant de l'indemnité qu'il a fixé en définitive était inférieur aux frais réels engagés auparavant par Teal Cedar pour les améliorations (par. 140), et quand il a soustrait du montant final de l'indemnité les chemins de desserte qui, en fait, ne servent à rien après leur utilisation initiale (par. 166). De même, mes collègues affirment que Teal Cedar avait déjà été indemnisée « des coûts de construction futurs au moyen de réductions sur les droits de souche » (par. 126). Mais comme l'a expliqué l'arbitre en prenant appui sur le dossier qui lui a été présenté, les droits de souche (1) influent en définitive sur la valeur des droits de coupe, une indemnité sur laquelle les parties se sont entendues (par. 127); (2) n'ont même pas été pris en considération dans la méthode d'évaluation reconnue qu'il a fini par choisir (par. 127); et (3) ne peuvent servir à exclure une indemnité visant les améliorations puisque la disposition d'indemnisation sous-entend l'existence d'une indemnité non couverte par d'autres solutions telles qu'une réduction des droits de souche (par. 156).

[96] En réalité, la contestation de la C.-B. relative au « gain fortuit » ne tient pas au fait que Teal Cedar a reçu une indemnité plus élevée que ce que la *Revitalization Act* exige en droit, mais plutôt au fait que Teal Cedar a reçu une indemnité plus élevée que ce qu'elle aurait mérité en fait. Or, le rôle de l'arbitre dans l'interprétation de la *Revitalization Act* n'est pas d'évaluer le montant d'indemnité moralement dû à Teal Cedar; il doit évaluer le montant d'indemnité prescrit par la *Revitalization Act*.

[97] Le troisième argument de la C.-B. repose sur un examen de la *Revitalization Act* consigné dans le Hansard, où l'ancien ministre des Forêts a expliqué en quoi la disposition d'indemnisation visait à indemniser les entreprises forestières du fait qu'elles avaient supporté des coûts financiers réels relativement à leurs améliorations : [TRADUCTION] « Elles ont construit des routes; elles ont construit des ponts. Elles méritent d'être indemnisées de ces coûts si elles ne peuvent pas utiliser ces infrastructures pour exploiter des zones qui seront redistribuées ailleurs » (Colombie-Britannique, *Official Report*

37th Parl., March 27, 2003, at p. 5682 (Hon. M. de Jong)). But Hansard only goes so far. The words of a statute carry paramount importance in its interpretation. And the final wording of the compensation provision specifies that “compensation” will equal the “value of improvements made to Crown land”. If the legislative intent was to capture actual costs, the compensation provision could have stated that “compensation” will be equal to, for example, the “expenses incurred by licensees to improve Crown land during their licence” or to the “actual costs paid by licensees to improve Crown land during their licence”. Indeed, assuming that the legislative intent is actually to compensate companies for the full value of improvements on the Crown land to which their licences relate, I am hard-pressed to think of clearer phrasing to convey that intent than the current language of the compensation provision.

[98] BC’s final argument addresses the nature of Teal Cedar’s interest in the Crown land on which the improvements are located. BC argues that, by paying Teal Cedar for the full value of the improvements, the arbitrator presumed that Teal Cedar owned the assets and lost them under the *Revitalization Act*, whereas Teal Cedar lost only its right to use the assets. This argument ultimately fails to show the unreasonableness of the arbitrator’s analysis for the same reason as the other attacks discussed above. Simply put, Teal Cedar was paid “an amount equal to the value of improvements” because that is what the compensation provision instructs. When the *Revitalization Act* was enacted, BC was no doubt well aware of the nature of forestry companies’ interests in the improvements. Still, BC chose the language of the compensation provision, making no express link between those interests and the amount of compensation owed. As Bauman C.J. observed, Teal Cedar’s interest in the improvements is “wholly irrelevant” because its compensation, and the amount thereof, is a statutory creation under the compensation provision (para. 52). In the end, the legislature is entitled

*of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 13, n° 6, 4<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 27 mars 2003, p. 5682 (l’hon. M. de Jong)). Or, le Hansard ne va pas plus loin. Les termes d’une loi sont d’une importance primordiale pour son interprétation. Et la dernière phrase de la disposition d’indemnisation précise que l’« indemnité » sera égale à la « valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne ». Si le législateur avait voulu prendre en compte les coûts réels, la disposition d’indemnisation aurait pu disposer que l’« indemnité » sera égale, par exemple, aux [TRADUCTION] « dépenses engagées par les titulaires de permis pour apporter des améliorations aux terres de la Couronne pendant la période visée par leur permis » ou aux « coûts réellement supportés par les titulaires de permis pour apporter des améliorations aux terres de la Couronne pendant la période visée par leur permis ». Du reste, à supposer que le législateur souhaitait vraiment indemniser les entreprises de la pleine valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne auxquelles se rapportent leurs permis, j’ai peine à imaginer une formulation plus claire pour exprimer cette intention que le libellé actuel de la disposition d’indemnisation.

[98] Le dernier argument de la C.-B. touche la nature de l’intérêt de Teal Cedar dans les terres de la Couronne où se trouvent les améliorations. La C.-B. soutient qu’en remboursant Teal Cedar de la pleine valeur des améliorations, l’arbitre a présumé que Teal Cedar était propriétaire des actifs et qu’elle les a perdus par application de la *Revitalization Act*, alors que Teal Cedar a perdu uniquement le droit de se servir des actifs. En fin de compte, cet argument n’établit pas le caractère déraisonnable de l’analyse de l’arbitre pour le même motif que celui énoncé à l’égard des autres attaques exposées précédemment. En termes simples, Teal Cedar a touché [TRADUCTION] « [une somme] égale à la valeur des améliorations » parce que c’est ce que prévoit la disposition d’indemnisation. Quand la *Revitalization Act* a été adoptée, la C.-B. était sans aucun doute bien consciente de la nature des intérêts des entreprises forestières sur les améliorations, ce qui ne l’a pas empêchée de choisir le libellé de la disposition d’indemnisation en n’établissant aucun lien explicite entre ces intérêts et le montant d’indemnité dû. Comme l’a fait remarquer le juge en chef Bauman, l’intérêt de Teal Cedar sur

to provide forestry companies with statutory compensation that is not quantified on the basis of the nature of their interests in the Crown land at issue. Put differently, it is hardly indefensible to rely on the plain language of the *Revitalization Act* for purposes of quantifying compensation, even if extra-statutory references to the nature of Teal Cedar's interest may not align with the quantum of compensation flowing from that plain language.

[99] In short, BC's attacks on the arbitrator's reasoning are collateral attacks on the correctness of the arbitrator's reasonable plain language and contextual interpretation of the compensation provision. The decisions of the majority of the Court of Appeal and of the Court of Appeal on remand similarly focused on assessing correctness rather than reasonableness. My colleagues' emphasis on Teal Cedar's "limited interest" in the improvements is also more akin to "disguised correctness" review (*Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at para. 27, citing D. Mullan, "Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen!" (2013), 42 *Adv. Q.* 1, at pp. 76-81) than the reasonableness review required. In the end, these approaches fail to show how the arbitrator's decision is unjustifiable, non-transparent, unintelligible, or indefensible. In my assessment, the arbitrator's decision cannot be overturned on a reasonableness review.

## VI. Conclusion

[100] To sum up, I would allow the appeal in part, with costs throughout to Teal Cedar, who was substantially successful on appeal.

les améliorations n'est [TRADUCTION] « absolument pas pertinent » parce que son indemnité, et le montant de celle-ci, tirent leur origine de la disposition d'indemnisation (par. 52). Au bout du compte, le législateur a le droit d'offrir aux entreprises forestières une indemnité prévue par la loi dont le montant n'est pas fonction de la nature de leur intérêt dans la terre de la Couronne en cause. Autrement dit, il n'est guère indéfendable de s'appuyer sur le sens ordinaire de la *Revitalization Act* pour fixer le montant de l'indemnité même si des allusions non prévues par la loi à la nature de l'intérêt de Teal Cedar peuvent ne pas concorder avec le montant d'indemnité découlant de ce sens ordinaire.

[99] Bref, les attaques de la C.-B. contre le raisonnement de l'arbitre constituent des attaques indirectes contre la justesse de l'interprétation fondée sur le sens ordinaire et le contexte que l'arbitre a donnée à la disposition d'indemnisation. Dans la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel et celle rendue par la Cour d'appel à la suite du renvoi, ce tribunal a retenu la même démarche axée sur l'appréciation du caractère correct plutôt que sur celle du caractère raisonnable. En outre, l'accent que mes collègues mettent sur l'« intérêt limité » de Teal Cedar dans les améliorations s'apparente davantage à un contrôle « [déguisé] » selon la norme de la décision correcte (*Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, par. 27, citant D. Mullan, « Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen! » (2013), 42 *Adv. Q.* 1, p. 76-81) qu'au contrôle selon la norme de la décision raisonnable qui s'impose ici. Au bout du compte, ces approches ne démontrent pas en quoi la décision de l'arbitre est injustifiable, non transparente, inintelligible ou indéfendable. La décision de l'arbitre ne peut être infirmée sur la base d'un contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

## VI. Conclusion

[100] En résumé, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie avec dépens dans toutes les cours en faveur de Teal Cedar, qui a eu gain de cause en majeure partie en appel.

[101] As Bauman C.J. (at para. 57) and Finch C.J., dissenting (at paras. 141-43), rightly held, the arbitrator reasonably relied on the Depreciation Replacement Cost Method of valuation. I would therefore overturn the Court of Appeal's holding to the contrary on remand (para. 38) and restore the arbitrator's initial valuation, as subsequently amended, predicated on that methodology.

[102] Further, Bauman C.J. (at para. 81) and Finch C.J., dissenting (at paras. 144-45), correctly ruled that the British Columbia Supreme Court lacked jurisdiction to review the arbitrator's resolution of the Interest Issue. Consequently, I would also overturn the Court of Appeal's holding to the contrary on remand (para. 58) and restore the arbitrator's initial ruling that BC must pay interest on top of the Improvements Compensation it owes to Teal Cedar.

[103] However, Bauman C.J. improperly remitted the Lillooet Issue to the arbitrator for reconsideration (para. 88), since the British Columbia Supreme Court lacked jurisdiction over this issue. Accordingly, albeit for different reasons than the Court of Appeal, I would restore the arbitrator's initial ruling denying compensation to Teal Cedar for improvements losses pertaining to the Lillooet Licence.

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

MOLDAVER AND CÔTÉ JJ. (dissenting in part) —

### I. Introduction

[104] This appeal concerns the compensation payable to a private forestry company, Teal Cedar Products Ltd. (“Teal”), for reductions made by British Columbia (“Province”) to three of its forest tenures. Two questions are at issue in this case: one relates to the contractual interpretation of an amended settlement agreement made between the

[101] Comme le juge en chef Bauman (par. 57) et le juge en chef Finch, dissident (par. 141-143), l'ont conclu à bon droit, l'arbitre s'est raisonnablement appuyé sur la méthode d'évaluation fondée sur le coût de remplacement déprécié. Je suis donc d'avis d'infirmier la conclusion contraire que la Cour d'appel a tirée à la suite du renvoi (par. 38) et de rétablir l'évaluation initiale de l'arbitre qui repose sur cette méthode.

[102] De plus, le juge en chef Bauman (par. 81) et le juge en chef Finch, dissident (par. 144-145), ont statué à juste titre que la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'avait pas compétence pour contrôler la décision de l'arbitre sur la question des intérêts. Par conséquent, je suis également d'avis d'infirmier la conclusion contraire que la Cour d'appel a tirée à la suite du renvoi (par. 58) et de rétablir la décision initiale de l'arbitre selon laquelle la C.-B. doit payer des intérêts en sus de l'indemnité visant les améliorations qu'elle doit à Teal Cedar.

[103] Cependant, le juge en chef Bauman a renvoyé à tort la question du permis Lillooet à l'arbitre pour nouvel examen (par. 88), car la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'avait pas compétence sur cette question. Par conséquent, quoique pour d'autres motifs que ceux de la Cour d'appel, je suis d'avis de rétablir la décision initiale de l'arbitre de refuser d'accorder à Teal Cedar une indemnité pour les pertes liées aux améliorations touchant le permis Lillooet.

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

LES JUGES MOLDAVER ET CÔTÉ (dissidents en partie) —

### I. Introduction

[104] Le présent pourvoi porte sur l'indemnité payable à une entreprise forestière privée, Teal Cedar Products Ltd. (« Teal »), pour les réductions apportées par la Colombie-Britannique (« Province ») à trois de ses tenures forestières. Deux questions sont en litige en l'espèce : la première a trait à l'interprétation contractuelle d'une



Province and Teal, and the other regards the statutory interpretation of s. 6(4) of the *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17 (“*FRA*”).

[105] We agree with our colleague Gascon J. that the question of contractual interpretation is not reviewable under s. 31 of the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55. We would allow the appeal on this issue.

[106] Where we disagree, however, is with respect to the question of statutory interpretation. In our view, regardless of the applicable standard of review, the arbitrator’s interpretation of s. 6(4) of the *FRA* cannot stand. As we will explain, the only interpretation of s. 6(4) that withstands scrutiny on either standard of review is that Teal, as a licence holder, was entitled to receive compensation only for its limited interest in the improvements. In valuing the improvements under s. 6(4), the arbitrator was required to take into account that Teal, as a licence holder, did not own the improvements, which belonged to the Crown. The arbitrator did not do that. Rather, he selected a valuation method — the cost savings approach — which failed to consider that Teal had only a limited interest in the improvements as a licence holder and was therefore not entitled to compensation on that basis under s. 6(4).

[107] We would therefore dismiss the appeal in part on the statutory interpretation issue and remit to the arbitrator the matter of compensation for the improvements relating to the three licences held by Teal.

## II. Standard of Review

[108] We find it unnecessary to decide whether the standard of review applicable to the arbitrator’s interpretation of s. 6(4) of the *FRA* is correctness or reasonableness. As we will explain, on either standard, the arbitrator’s interpretation cannot stand.

convention de règlement modifiée conclue entre la Province et Teal, et la seconde concerne l’interprétation législative du par. 6(4) de la *Forestry Revitalization Act*, S.B.C. 2003, c. 17 (« *FRA* »).

[105] Nous convenons avec notre collègue le juge Gascon que la question de l’interprétation contractuelle n’est pas susceptible de contrôle au titre de l’art. 31 de l’*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55. Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi sur ce point.

[106] Nous divergeons cependant d’opinion sur la question de l’interprétation législative. À notre avis, peu importe la norme de contrôle applicable, l’interprétation que l’arbitre a donnée au par. 6(4) de la *FRA* ne tient pas. Comme nous l’expliquerons, la seule interprétation du par. 6(4) qui résiste à un examen selon l’une ou l’autre norme de contrôle est celle selon laquelle Teal, en tant que titulaire de permis, n’avait le droit de recevoir une indemnité que pour son intérêt limité dans les améliorations. En évaluant les améliorations en vertu du par. 6(4), l’arbitre devait tenir compte du fait que Teal, en tant que titulaire de permis, n’était pas propriétaire des améliorations, lesquelles appartenaient à la Couronne. Il ne l’a pas fait. Il a plutôt retenu une méthode d’évaluation — soit l’approche fondée sur les économies de coûts — qui ne tenait pas compte du fait que Teal n’avait qu’un intérêt limité dans les améliorations en tant que titulaire de permis et que, par conséquent, elle n’avait pas droit à une indemnité à ce titre en vertu du par. 6(4).

[107] Nous sommes donc d’avis de rejeter en partie le pourvoi sur la question de l’interprétation législative et de renvoyer à l’arbitre la question de l’indemnité payable pour les améliorations se rapportant aux trois permis détenus par Teal.

## II. Norme de contrôle

[108] Nous n’estimons pas nécessaire de décider si la norme de contrôle applicable à l’interprétation que l’arbitre a donnée au par. 6(4) de la *FRA* est celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable. Comme nous l’expliquerons, quelle que soit la norme de contrôle applicable, l’interprétation de l’arbitre ne tient pas.

### III. Analysis

#### (1) Section 6 of the FRA

[109] The Minister of Forests grants permission to private forestry companies like Teal to harvest timber on Crown land by issuing licences under the *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157. Under these licences, private forestry companies have rights to harvest timber in certain areas and use the improvements in those areas. Three such licences are at issue in this appeal: Tree Farm Licence 46, the Fraser Licence and the Lillooet Licence. Following the enactment of the *FRA*, the Province was permitted to reduce the land base and allowable annual cut of timber under these licences. As a result of the Province's takebacks, Teal's rights to harvest timber and use the improvements were reduced.

[110] Section 6 of the *FRA* provides for compensation to licence holders for these reductions. Section 6(3) entitles the licence holder to compensation "in an amount equal to the value . . . of the harvesting rights taken by means of the reduction". The licence holder is also entitled to receive compensation for the "value of improvements made to Crown land" under s. 6(4). This provision reads as follows:

- (4) In addition to the compensation to which the holder of an ungrouped licence, a timber licence or a licence in a group of licences is entitled under subsection (1), (2) or (3), the holder is entitled to compensation from the government in an amount equal to the value of improvements made to Crown land that
- (a) are, or have been, authorized by the government,
  - (b) are not improvements to which section 174 of the *Forest Practices Code of British Columbia Act* applies, and
  - (c) are not, or have not been, paid for by the government under the *Forest Act* or the former Act as defined in the *Forest Act*.

### III. Analyse

#### (1) Article 6 de la FRA

[109] Le ministre des Forêts accorde à des entreprises forestières privées comme Teal l'autorisation de couper du bois sur les terres de la Couronne en leur délivrant des permis en vertu de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157. Selon ces permis, les entreprises forestières privées peuvent couper du bois dans certaines zones et utiliser les améliorations qui s'y trouvent. Trois de ces permis sont en cause dans le présent pourvoi : le permis de ferme forestière 46, le permis Fraser et le permis Lillooet. Avec l'adoption de la *FRA*, la Province a pu réduire le territoire et la coupe de bois annuelle autorisée par ces permis. À la suite des reprises effectuées par la Province, les droits de Teal de couper du bois et d'utiliser les améliorations dans ces zones ont été réduits.

[110] L'article 6 de la *FRA* prévoit le versement d'une indemnité aux titulaires de permis pour ces réductions. Selon le par. 6(3), le titulaire de permis a droit à une indemnité [TRADUCTION] « égal[e] à la valeur des droits de coupe retirés au moyen de la réduction ». Le titulaire de permis a également droit à une indemnité équivalant à la « valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne » en vertu du par. 6(4). Voici le texte de cette disposition :

[TRADUCTION]

- (4) Outre l'indemnité à laquelle a droit le titulaire d'un permis distinct, d'un permis d'exploitation ou d'un permis faisant partie d'un groupe de permis en vertu du paragraphe (1), (2) ou (3), le titulaire a droit, de la part du gouvernement, à une indemnité égale à la valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne :
- (a) qui sont ou ont été autorisées par le gouvernement,
  - (b) auxquelles ne s'applique pas l'article 174 du *Forest Practices Code of British Columbia Act*, et
  - (c) qui ne sont pas ou n'ont pas été payées par le gouvernement conformément à la *Forest Act* ou à l'ancienne loi au sens de la *Forest Act*.

[111] The modern principle of statutory interpretation is well-established:

Today there is only one principle or approach, namely, 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, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)

[112] This principle requires that statutes “be read to give the words their most obvious ordinary meaning which accords with the context and purpose of the enactment in which they occur”: *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 21-22. The plain and ordinary meaning of a statutory provision is the “natural meaning which appears when the provision is simply read through”: *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735. In our view, the plain and ordinary meaning of s. 6(4) of the *FRA*, which accords with the purpose and context of the Act, is this: the licence holder is entitled to receive compensation for the improvements on a basis that reflects its limited interest in the improvements as a licence holder.

(2) The Plain and Ordinary Meaning of Section 6(4) of the *FRA*

[113] The meaning of “compensation” is understood to be a payment that makes a person whole for a loss. Compensation is defined by the *Shorter Oxford English Dictionary* (6th ed. 2007) as “amends, recompense; *spec.* money given to compensate loss or injury” (p. 470). Under s. 6(4) of the *FRA*, Teal is entitled to receive compensation *equal to* the value of improvements made to Crown land. If the compensation is to make Teal whole, the value of the improvements must reflect Teal’s actual loss.

[111] Le principe moderne d’interprétation des lois est bien établi :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87)

[112] Selon ce principe, les lois « doivent être interprétées de manière à donner aux mots leur sens ordinaire le plus évident qui s’harmonise avec le contexte et l’objet visé par la loi dans laquelle ils sont employés » : *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, para. 14; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21-22. Le sens ordinaire d’une disposition législative constitue simplement le « sens naturel qui se dégage de la simple lecture de la disposition » : *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735. À notre avis, le sens ordinaire du par. 6(4) de la *FRA* qui s’harmonise avec l’objet et le contexte de la Loi est le suivant : le titulaire de permis a le droit de recevoir une indemnité pour les améliorations, sur la base de son intérêt limité dans les améliorations en tant que titulaire de permis.

(2) Le sens ordinaire du par. 6(4) de la *FRA*

[113] Le sens du terme [TRADUCTION] « indemnité » (*compensation*) réfère à une somme versée en réparation intégrale d’une perte. Le *Shorter Oxford English Dictionary* (6<sup>e</sup> éd. 2007) définit l’indemnité comme une « réparation ou compensation; *spécialt* argent remis en guise de compensation d’une perte ou d’un préjudice » (p. 470). Selon le par. 6(4) de la *FRA*, Teal a droit à une indemnité *égale* à la valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne. Pour que l’indemnité constitue une réparation intégrale, la valeur des améliorations doit correspondre à la perte réelle de Teal.

[114] The provision further specifies that Teal, as a “holder of . . . a licence”, is compensated for the “value of improvements made to Crown land”. This language makes plain that the improvements do not belong to Teal. As a licence holder, Teal merely acquires limited rights to *use* the improvements. The ownership rights over the improvements remain vested in the Crown.

[115] On a plain reading, the provision at issue entitles Teal to compensation for the value of the improvements *to Teal* as a licence holder. If the valuation of the improvements does not take into account the fact that Teal has a limited interest in the improvements — as opposed to an ownership interest — then Teal will not receive “compensation” under s. 6(4); rather, it will receive overcompensation.

### (3) The Purpose and Context of the FRA

[116] The plain and ordinary meaning of s. 6(4) is that Teal is entitled to be compensated on a basis that reflects its limited interest in the improvements as a licence holder. This plain meaning of s. 6(4) is consistent with the purpose of the *FRA* and its expropriation context. The *FRA*’s purpose is to reduce the rights of licence holders — specifically, their rights to harvest timber and use the improvements — and to provide licence holders with compensation for these reductions. As a result of the takebacks at issue, reductions were made to Teal’s rights to use the improvements — not ownership rights over such improvements. It runs counter to the purpose of the *FRA* to award Teal compensation that exceeds the value of what it lost due to the takebacks.

[117] As the arbitrator pointed out, the *FRA* is a “species of expropriation legislation” (Arbitration Award, April 27, 2011, at para. 8). A presumption in favour of a payment of full compensation therefore applies to its interpretation: *British Columbia (Forests) v. Teal Cedar Products Ltd.*, 2013 SCC 51, [2013] 3 S.C.R. 301, at para. 37; E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2nd ed. 1992), at p. 35. This presumption, however,

[114] Cette disposition précise en outre que Teal, en tant que [TRADUCTION] « titulaire d’un permis », a droit à une indemnité correspondant à la « valeur des améliorations apportées aux terres de la Couronne ». Ce libellé indique clairement que les améliorations n’appartiennent pas à Teal. En tant que titulaire de permis, Teal acquiert seulement un droit restreint d’*utiliser* les améliorations. Les droits de propriété sur les améliorations restent dévolus à la Couronne.

[115] Suivant son sens ordinaire, la disposition en litige accorde à Teal le droit de toucher une indemnité correspondant à la valeur des améliorations *pour Teal* en tant que titulaire de permis. Si l’évaluation des améliorations ne tient pas compte du fait que Teal a un intérêt limité dans les améliorations, par opposition à un droit de propriété, Teal recevra non pas une « indemnité » au sens du par. 6(4), mais une indemnité excessive.

### (3) L’objet et le contexte de la FRA

[116] Le sens ordinaire du par. 6(4) est le suivant : Teal a le droit d’être indemnisée sur une base reflétant l’intérêt limité qu’elle possède dans les améliorations en tant que titulaire de permis. Ce sens ordinaire du par. 6(4) est compatible avec l’objet de la *FRA* et son contexte d’expropriation. La *FRA* vise à réduire les droits des titulaires de permis, plus particulièrement leurs droits de couper du bois et d’utiliser les améliorations, et à indemniser les titulaires de permis pour ces réductions. À la suite des reprises en litige, Teal a perdu une partie de son droit d’utiliser les améliorations, et non des droits de propriété sur celles-ci. Il va à l’encontre de l’objet de la *FRA* d’accorder à Teal une indemnité excédant la valeur de ce qu’elle a perdu en raison des reprises.

[117] Comme l’a souligné l’arbitre, la *FRA* est une [TRADUCTION] « espèce de loi d’expropriation » (sentence arbitrale, 27 avril 2011, par. 8). Une présomption en faveur d’une indemnisation intégrale s’applique donc à son interprétation : *Colombie-Britannique (Forêts) c. Teal Cedar Products Ltd.*, 2013 CSC 51, [2013] 3 R.C.S. 301, par. 37; E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1992), p. 35.

does not mean that the owner of an expropriated property interest is awarded compensation in excess of the value of this interest. Rather, full compensation makes the owner “economically whole” for the loss of this interest (*Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paras. 55-56, citing *Diggon-Hibben, Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712).

[118] When the ordinary meaning of s. 6(4) is read together with the object of the *FRA* and its expropriation context, we are satisfied that its meaning is clear and straightforward: an award of compensation under s. 6(4) must not exceed the value of Teal’s limited interest in the improvements as a licence holder.

(4) The Arbitrator’s Valuation Method

(a) *The Cost Savings Approach*

[119] The arbitrator applied a valuation methodology that he referred to as the “cost savings approach” to assess the compensation owed to Teal under s. 6(4). This approach, which was developed as a valuation method for “private timberlands”, values compensation for Teal as if Teal was a private owner of the improvements. As such, it fails to take into account the fact that Teal did not own the improvements but had only a limited interest in them as a licence holder.

[120] The cost savings method is based on the depreciated replacement cost of the improvements (Arbitration Award, at para. 75), which is the cost of replacing “the entire useful road and improvement network for the take back areas”, namely, “all roads and associated improvements that would access harvestable timber within the taking areas” in their current depreciated condition (para. 81). According to the cost savings methodology, Teal is entitled to compensation for this depreciated replacement cost (para. 75). This is because before the reductions, there was an existing network of improvements and

Cette présomption n’emporte cependant pas octroi, au propriétaire d’une propriété expropriée, d’une indemnité supérieure à la valeur de cet intérêt. L’indemnisation intégrale ne fait que permettre au propriétaire d’obtenir une « réparation intégrale » de la perte de cet intérêt (*Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 55-56, citant *Diggon-Hibben, Ltd. c. The King*, [1949] R.C.S. 712).

[118] Considérant le sens ordinaire du par. 6(4) à la lumière de l’objet de la *FRA* et de son contexte d’expropriation, nous sommes convaincus que ce sens est clair et simple : l’indemnité accordée au titre du par. 6(4) ne doit pas dépasser la valeur de l’intérêt limité que Teal possède dans les améliorations en tant que titulaire de permis.

(4) La méthode d’évaluation de l’arbitre

a) *L’approche fondée sur les économies de coûts*

[119] L’arbitre a utilisé une méthode d’évaluation qu’il a appelée l’[TRADUCTION] « approche fondée sur les économies de coûts » pour fixer l’indemnité due à Teal en application du par. 6(4). Cette approche, qui a été élaborée en tant que méthode d’évaluation pour les « terres à bois privées », sert à évaluer l’indemnité destinée à Teal comme si cette dernière était le propriétaire privé des améliorations. Par conséquent, elle ne tient pas compte du fait que Teal n’était pas propriétaire des améliorations et n’avait qu’un intérêt limité dans celles-ci comme titulaire de permis.

[120] La méthode des économies de coûts repose sur le coût de remplacement déprécié des améliorations (sentence arbitrale, par. 75), qui représente le coût de remplacement de [TRADUCTION] « l’ensemble du réseau utile des routes et des améliorations pour les zones visées par la reprise », à savoir « toutes les routes et les améliorations connexes qui permettent d’avoir accès au bois susceptible d’être coupé à l’intérieur des zones reprises » dans leur état déprécié actuel (par. 81). Selon la méthode des économies de coûts, Teal a droit à une indemnité pour ce coût de remplacement déprécié (par. 75). Il en est ainsi

Teal did not have to pay to construct improvements to access timber for harvesting (para. 93). After the Province's reductions to Teal's land base, Teal would have to expend money to replace the improvements and therefore should be compensated for this cost (para. 93).

(b) *The Arbitrator Applied the Cost Savings Approach in Valuing the Improvements in the Lillooet Licence*

[121] As noted by our colleague Gascon J., the arbitrator also applied the cost savings method to value the improvements associated with the Lillooet Licence. The arbitrator awarded no compensation for these improvements, which is in fact consistent with the cost savings approach (para. 170).

[122] Unlike the other two licences, the Province did not take back any operating areas from the Lillooet Licence (Arbitration Award, at para. 168). The reduction made to the Lillooet Licence by the Province was limited to reducing the allowable harvest cut by 54.3% (para. 168). Therefore, as the arbitrator found, Teal did not lose any opportunity to use the roads (para. 169) and accordingly did not need to expend money to replace the improvements. As a consequence, under the cost savings approach, Teal was not entitled to receive the depreciated replacement cost of the improvements associated with the Lillooet Licence.

(5) The Cost Savings Approach Adopted by the Arbitrator Fails to Account for the Fact That the Improvements Are Not Owned by Teal

[123] In applying the cost savings valuation method to value the improvements associated with all three licences held by Teal, the arbitrator failed to consider that Teal, as a licence holder, had only a limited interest in the improvements. The cost savings approach may be an appropriate methodology in the context of privately owned land. But the

parce qu'avant les réductions, il existait déjà un réseau d'améliorations et Teal n'avait pas à payer la construction d'améliorations pour avoir accès au bois en vue de le couper (par. 93). Après les réductions apportées par la Province au territoire de Teal, cette dernière aurait à dépenser de l'argent pour remplacer les améliorations et elle doit donc être indemnisée de ce coût (par. 93).

b) *L'arbitre a appliqué l'approche fondée sur les économies de coûts lorsqu'il a évalué les améliorations se rapportant au permis Lillooet*

[121] Comme l'a fait remarquer notre collègue le juge Gascon, l'arbitre a également utilisé la méthode des économies de coûts pour évaluer les améliorations se rapportant au permis Lillooet. L'arbitre n'a accordé aucune indemnité pour ces améliorations, ce qui est en fait conforme à l'approche fondée sur les économies de coûts (par. 170).

[122] En effet, contrairement aux deux autres permis, la Province n'a repris aucune zone d'exploitation du permis Lillooet (sentence arbitrale, par. 168). La réduction apportée par la Province au permis Lillooet n'a fait que réduire la coupe autorisée de 54,3 % (par. 168). Ainsi, comme l'a conclu l'arbitre, Teal n'a pas perdu la possibilité d'utiliser les routes (par. 169) et n'a donc pas eu à dépenser de l'argent pour remplacer les améliorations. Par conséquent, selon l'approche fondée sur les économies de coûts, Teal n'a pas droit au coût de remplacement déprécié des améliorations se rapportant au permis Lillooet.

(5) L'approche fondée sur les économies de coûts retenue par l'arbitre ne tient pas compte du fait que les améliorations n'appartiennent pas à Teal

[123] En utilisant la méthode d'évaluation des économies de coûts pour évaluer les améliorations se rapportant aux trois permis dont Teal est titulaire, l'arbitre n'a pas tenu compte du fait que Teal, en qualité de titulaire de permis, n'avait qu'un intérêt limité dans les améliorations. L'approche fondée sur les économies de coûts peut constituer une

roads and bridges at issue in this case belonged to the Crown. Given that Teal did not own the improvements and had only a limited interest in the improvements as a licence holder, it cannot be said that it lost the replacement cost of the improvements when the Province made reductions to the land base under its licences. As stated by the majority of the Court of Appeal in its first decision, “Teal had the right to use the improvements. It therefore lost only the use of the assets, not the assets themselves”: 2013 BCCA 326, 46 B.C.L.R. (5th) 272, at para. 73 (emphasis added).

[124] The arbitrator reasoned that the cost savings approach was applicable to the improvements because it accurately determined the “value to the owner”, which is one method of assessing “full compensation”: Todd, at pp. 110-11. The “value to the owner” approach assesses compensation on the basis of what a prudent owner would pay for its property interest rather than be divested of it (*MacMillan Bloedel Ltd. v. British Columbia* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 134 (C.A.), at paras. 29-32). The application judge, who agreed that the “value to the owner” approach applied by the arbitrator was consistent with “full compensation” likewise found that Teal was entitled to what a prudent owner “would have been willing to give for the improvements rather than be dispossessed of those improvements”: 2012 BCSC 543, at para. 67 (CanLII).

[125] We do not agree that the “value to the owner” approach may serve as a basis for entitling Teal to the depreciated replacement cost of the improvements under s. 6(4) of the *FRA*. The “value to the owner” method awards compensation on the basis of the value to Teal of its *interest* in the improvements. Given that Teal did not own the improvements and had only a limited interest in them, Teal would not pay the full cost to replace the network of improvements at issue.

méthode adéquate dans le cas des terres privées, mais les routes et les ponts en cause appartenaient à la Couronne. Puisque Teal n’était pas propriétaire des améliorations et n’avait qu’un intérêt limité dans celles-ci en tant que titulaire de permis, on ne saurait affirmer qu’elle a perdu le coût de remplacement des améliorations lorsque la Province a réduit le territoire visé par ses permis. Comme l’a mentionné la majorité de la Cour d’appel dans sa première décision, [TRADUCTION] « Teal avait le droit d’utiliser les améliorations. Elle a donc perdu uniquement l’usage des biens, et non les biens eux-mêmes » : 2013 BCCA 326, 46 B.C.L.R. (5th) 272, par. 73 (nous soulignons).

[124] L’arbitre a estimé que l’approche fondée sur les économies de coûts s’appliquait aux améliorations parce qu’elle permettait de déterminer avec précision la [TRADUCTION] « valeur pour le propriétaire », laquelle constitue une façon d’établir l’« indemnité intégrale » : Todd, p. 110-111. L’approche fondée sur la « valeur pour le propriétaire » évalue l’indemnité en se fondant sur ce qu’un propriétaire prudent paierait pour conserver son intérêt de propriété plutôt que d’en être privé (*MacMillan Bloedel Ltd. c. British Columbia* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 134 (C.A.), par. 29-32). Le juge saisi de la requête, d’accord pour dire que cette approche utilisée par l’arbitre s’accordait avec l’[TRADUCTION] « indemnisation intégrale », a conclu lui aussi que Teal avait droit à ce qu’un propriétaire prudent « aurait été disposé à payer pour les améliorations au lieu d’en être dépossédé » : 2012 BCSC 543, par. 67 (CanLII).

[125] Nous ne partageons pas l’avis que l’approche fondée sur la « valeur pour le propriétaire » puisse servir de fondement pour permettre à Teal de toucher le coût de remplacement déprécié des améliorations au titre du par. 6(4) de la *FRA*. La méthode de la « valeur pour le propriétaire » emporte octroi d’une indemnité en fonction de la valeur, pour Teal, de son *intérêt* dans les améliorations. Puisque Teal n’était pas propriétaire des améliorations et n’avait qu’un intérêt limité dans celles-ci, Teal ne paierait pas le coût total du remplacement du réseau d’améliorations en cause.

[126] It is also significant that as a licence holder with only limited rights to the improvements, Teal would be compensated by the government for future construction costs through deductions from stumpage fees. As noted by the majority of the Court of Appeal in its first decision, if Teal chose to rebuild the improvements taken under the *FRA*, it would receive compensation for its construction costs through those deductions (para. 74). In assessing what Teal would pay to avoid being divested of its interest in the improvements under the “value to the owner” method, the fact that Teal is reimbursed for future construction costs through deductions from stumpage fees is a relevant consideration. This reimbursement would logically affect the amount Teal was willing to pay to avoid being dispossessed of its interest in the improvements. Furthermore, Teal’s rights to use the improvements were conditional on Teal paying to maintain the roads under permit and deactivating them when they were no longer in use (s. 79(2) of the *Forest Planning and Practices Regulation*, B.C. Reg. 14/2004). Given that Teal had only this limited interest in the improvements, it would not pay for the full cost of replacing the improvements at issue to avoid being divested of them.

(6) The Market Value Approach

- (a) *The Arbitrator Erred in Narrowly Construing the Scope of Section 6(4) of the FRA to Exclude the Market Value Approach*

[127] In our view, it was not open to the arbitrator to adopt the cost savings approach under s. 6(4) of the *FRA*. In our view, there was, however, an option before the arbitrator that is consistent with this provision.

[128] As our colleague Gascon J. notes, there were three valuation methodologies put before the arbitrator: (1) market value; (2) income and; (3) depreciated replacement cost, which includes the cost savings approach. The arbitrator rejected the first

[126] Il est aussi révélateur qu’à titre de titulaire de permis ne possédant que des droits limités sur les améliorations, Teal serait remboursée par le gouvernement pour les coûts de construction futurs au moyen de déductions sur les droits de souche. Tel que l’a signalé la majorité de la Cour d’appel dans sa première décision, si Teal choisissait de reconstruire les améliorations reprises en application de la *FRA*, elle serait indemnisée de ses coûts de construction par le mécanisme de ces déductions (par. 74). Le fait qu’on rembourse Teal des coûts de construction futurs au moyen de déductions sur les droits de souche est une considération pertinente lorsqu’il s’agit de déterminer ce que paierait Teal pour éviter d’être privée de son intérêt dans les améliorations selon la méthode de la « valeur pour le propriétaire ». Ce remboursement influencerait logiquement sur la somme que Teal est disposée à payer pour éviter d’être dépossédée de cet intérêt. Le droit de Teal d’utiliser les améliorations était en outre conditionnel au paiement par cette dernière de l’entretien des routes visées par le permis et à leur mise hors service lorsqu’elles n’étaient plus utilisées (par. 79(2) du *Forest Planning and Practices Regulation*, B.C. Reg. 14/2004). Étant donné que Teal ne disposait que de cet intérêt limité dans les améliorations, elle ne paierait pas le coût total du remplacement des améliorations pour éviter d’en être privée.

(6) L’approche fondée sur la valeur marchande

- a) *L’arbitre a commis une erreur en interprétant étroitement la portée du par. 6(4) de la FRA de façon à exclure l’approche fondée sur la valeur marchande*

[127] À notre avis, l’arbitre ne pouvait retenir l’approche fondée sur les économies de coûts en vertu du par. 6(4) de la *FRA*. Selon nous, il disposait toutefois d’une solution compatible avec cette disposition.

[128] Comme le signale notre collègue le juge Gascon, trois méthodes d’évaluation ont été proposées à l’arbitre : (1) la valeur marchande, (2) le revenu et (3) le coût de remplacement déprécié, qui comprend l’approche fondée sur les économies de



two methodologies on the basis that they could not serve to value the improvements independently from the harvesting rights. He noted that the *FRA* draws a distinction between the value of harvesting rights and the value of improvements. In his view,

[t]o give this distinction meaning, the value of improvements must be determined independent of the considerations that would be at issue in the context of determining either the value (market or value to owner) of the tenure as a whole, or the harvesting rights as an independent matter. [para. 110]

[129] The arbitrator interpreted s. 6(4) of the *FRA* to mean that the value of the improvements had to be calculated separately and independently from the harvesting rights, without reference to the value of the licence or tenure as a whole. The arbitrator found that the market value approach could not value the improvements in this manner. Since there is no market for the sale of improvements, the market value of the improvements must be determined by first considering the market value of the licence or tenure as a whole. The arbitrator accepted that the cost savings approach was the only valuation methodology that could value the improvements separate and apart from the tenure as a whole (para. 94).

[130] In our view, the arbitrator construed s. 6(4) of the *FRA* too narrowly in concluding that the distinction drawn by this provision between the value of the improvements and the value of the harvesting rights means that the market value of the tenure as a whole cannot be considered when determining the value of the improvements. With respect, there is nothing in the language or context of the Act to support this unduly restrictive reading of s. 6(4). On the contrary, it was open to the arbitrator to select *any* valuation method that could evaluate the value of the improvements to Teal as a licence holder, as long as the approach valued the improvements as separate and distinct from the harvesting rights.

coûts. L'arbitre a rejeté les deux premières méthodes au motif qu'elles ne pouvaient servir à évaluer les améliorations indépendamment des droits de coupe. Il a fait remarquer que la *FRA* établit une distinction entre la valeur des droits de coupe et la valeur des améliorations. Selon lui,

[TRADUCTION] [p]our donner un sens à cette distinction, la valeur des améliorations doit être déterminée indépendamment des considérations qui seraient en cause dans un contexte où il s'agit de déterminer soit la valeur (marchande ou pour le propriétaire) de la tenure dans son ensemble, soit celle des droits de coupe d'une manière indépendante. [par. 110]

[129] L'arbitre a interprété le par. 6(4) de la *FRA* comme signifiant que la valeur des améliorations devait être calculée séparément et indépendamment des droits de coupe, sans égard à la valeur du permis ou de la tenure dans son ensemble. L'arbitre a conclu que l'approche fondée sur la valeur marchande ne permettait pas d'évaluer les améliorations de cette manière. Comme il n'existe pas de marché pour la vente des améliorations, il faut déterminer la valeur marchande des améliorations en examinant d'abord la valeur marchande du permis ou de la tenure dans son ensemble. L'arbitre a convenu que l'approche fondée sur les économies de coûts était la seule méthode d'évaluation qui permettait d'évaluer les améliorations séparément et indépendamment de la tenure dans son ensemble (par. 94).

[130] À notre avis, l'arbitre a interprété trop restrictivement le par. 6(4) de la *FRA* en concluant que la distinction établie par cette disposition entre la valeur des améliorations et celle des droits de coupe signifie que la valeur marchande de l'ensemble de la tenure ne peut être prise en compte pour déterminer la valeur des améliorations. Avec égards, rien dans le texte ou le contexte de la Loi n'appuie cette interprétation trop restrictive du par. 6(4). Au contraire, il était loisible à l'arbitre de choisir *une* méthode d'évaluation qui permettait de fixer la valeur des améliorations pour Teal en tant que titulaire d'un permis, pourvu que l'approche choisie serve à évaluer les améliorations comme élément séparé et distinct des droits de coupe.

(b) *The Market Value Approach Is Consistent With Section 6(4) of the FRA*

[131] Although the market value approach does consider the value of the licence or the tenure as a whole, it can ultimately serve to value the improvements separately and independently from the harvesting rights. The Province's expert witness, Eleanor Joy, explained this methodology as follows:

. . . it is important to understand that what I was doing was a market value approach. So I looked historically at what people were willing to pay for timber tenures, and then I looked at whatever evidence I could find that would give me some indication of what people believed the roads were as a percentage of that overall amount they were willing to pay for timber tenures.

(A.R., vol. II, at p. 100)

[132] As the arbitrator observed, Ms. Joy drew on market data of sales of licences “to derive an approximate cost per cubic meter for tenures” and then allocated “a percentage of that value to the improvements at issue here” (para. 121). To determine what percentage of the value of the tenure as a whole should be allocated to the improvements, Ms. Joy consulted financial statements of forestry companies which apportioned certain values to the improvements, as well as press releases issued by forestry companies regarding settlements reached with respect to their compensation claims under the *FRA* (Arbitration Award, at para. 122). Ms. Joy therefore calculated the value of improvements on the basis of what forestry companies were willing to pay for tenures and the percentage of that value the companies allocated to the improvements.

[133] The market value approach therefore not only values the improvements separately and independently from the harvesting rights; it also ensures that Teal in this case does not receive more

b) *L'approche fondée sur la valeur marchande est compatible avec le par. 6(4) de la FRA*

[131] Bien que l'approche fondée sur la valeur marchande tienne effectivement compte de la valeur du permis ou de la tenure dans son ensemble, elle peut ultimement servir à évaluer les améliorations séparément et indépendamment des droits de coupe. Le témoin expert de la Province, Eleanor Joy, a expliqué ainsi cette méthode :

[TRADUCTION] . . . il est important de comprendre que ce que je faisais, c'était une approche fondée sur la valeur marchande. J'ai donc examiné ce que les gens étaient prêts à payer historiquement pour acquérir des tenures forestières, puis j'ai examiné tous les éléments de preuve que j'ai pu trouver qui pouvaient me donner une certaine indication de ce que les gens croyaient que les routes représentaient comme pourcentage de ce montant total qu'ils étaient prêts à payer pour acquérir des tenures forestières.

(d.a., vol. II, p. 100)

[132] Comme l'a fait remarquer l'arbitre, M<sup>me</sup> Joy s'est servie des données du marché sur les ventes de permis [TRADUCTION] « pour établir un coût approximatif par mètre cube pour les tenures » et a ensuite alloué « un pourcentage de cette valeur aux améliorations en cause en l'espèce » (par. 121). Pour décider quel pourcentage de la valeur de la tenure dans son ensemble devait être alloué aux améliorations, M<sup>me</sup> Joy a consulté des états financiers d'entreprises forestières qui attribuaient certaines valeurs aux améliorations, ainsi que des communiqués de presse diffusés par des entreprises forestières qui traitaient de règlements intervenus relativement à leurs demandes d'indemnité présentées en vertu de la *FRA* (sentence arbitrale, par. 122). Elle a donc calculé la valeur des améliorations en fonction de ce que les entreprises forestières étaient prêtes à payer pour acquérir des tenures et sur le pourcentage de cette valeur que les entreprises attribuaient aux améliorations.

[133] Non seulement l'approche fondée sur la valeur marchande permet-elle d'évaluer les améliorations séparément et indépendamment des droits de coupe, mais elle fait aussi en sorte que Teal ne

compensation than the value of its interest in the improvements. Forestry companies such as Teal that purchase timber licences do not value improvements as if they were acquiring exclusive ownership of them. Rather, what they are willing to pay for the improvements is based on their projected use of the improvements, as well as on other related considerations, such as the government's reimbursement of construction costs for licence holders. Accordingly, the improvements are worth a fraction of the total value of the licence or tenure. As Ms. Joy explains,

A. . . . I think my argument would be, if somebody was willing to give up their timber tenures for \$5.1 million, the roads have to be a fraction of that amount.

Q. Why do they have to be a fraction of that amount?

A. Well, for all sorts of different reasons that we've already covered. When they're going to be used, whether stumpage reimburses, so if people are indifferent between building or using existing roads, the quality of the roads, the type of roads. All of those factors feed into it.

(A.R., vol. II, at p. 107)

[134] In summary, the market value approach put forward by Ms. Joy takes into account that Teal has a limited interest in the improvements. This valuation method was available to the arbitrator under s. 6(4) of the *FRA*, and yet the arbitrator chose to apply a method that was inconsistent with this provision. This resulted in a substantial windfall for Teal: Ms. Joy estimated that the value of the improvements under the market value approach was about \$1.5 million, whereas the arbitrator estimated that the value was \$9.5 million when applying the cost savings approach (Arbitration Award, at para. 194).

reçoive pas en l'espèce une indemnité supérieure à la valeur de son intérêt dans les améliorations. Les entreprises forestières comme Teal qui achètent des permis d'exploitation forestière n'évaluent pas les améliorations comme si elles en acquéraient la propriété exclusive. Ce qu'elles sont prêtes à payer pour les améliorations tient plutôt à l'usage qu'elles prévoient en faire, ainsi qu'à d'autres considérations connexes comme le remboursement par le gouvernement des coûts de construction assumés par les titulaires de permis. Les améliorations représentent donc une fraction de la valeur totale du permis ou de la tenure. Comme l'explique M<sup>me</sup> Joy :

[TRADUCTION]

R. . . . Je pense que mon argument consisterait à dire que, si quelqu'un est prêt à se départir de sa tenure forestière pour 5,1 millions de dollars, les routes doivent représenter une fraction de cette somme.

Q. Pourquoi doivent-elles représenter une fraction de cette somme?

R. Bien, pour toutes sortes de raisons différentes dont nous avons déjà traitées. Quand elles seront utilisées, si les droits de souche sont remboursés, si le fait de construire des routes ou d'utiliser les routes existantes laisse les gens indifférents, la qualité des routes, le type de routes. Tous ces facteurs entrent en ligne de compte.

(d.a., vol. II, p. 107)

[134] En résumé, l'approche fondée sur la valeur marchande proposée par M<sup>me</sup> Joy tient compte de l'intérêt limité de Teal dans les améliorations. L'arbitre pouvait utiliser cette méthode d'évaluation en vertu du par. 6(4) de la *FRA*. Pourtant, il a choisi de recourir à une méthode incompatible avec cette disposition, ce qui a permis à Teal de réaliser un gain fortuit substantiel : M<sup>me</sup> Joy a estimé que la valeur des améliorations selon l'approche fondée sur la valeur marchande était de 1,5 million de dollars, tandis que l'arbitre a estimé que cette valeur était de 9,5 millions de dollars selon l'approche fondée sur les économies de coûts (sentence arbitrale, par. 194).

[135] To be clear, it was open to the arbitrator to select any valuation method that was consistent with the only reasonable interpretation of s. 6(4) of the *FRA*: namely, that compensation must be awarded to Teal on the basis of its limited interest in the improvements. Contrary to the assertion of our colleague, we are of the view that the market value approach is merely one method that the arbitrator could have applied under s. 6(4) of the *FRA*.

(7) Conclusion

[136] In the end, the complexity of the valuation evidence seems to have had the unfortunate effect of masking the forest for the trees. The only interpretation of s. 6(4) of the *FRA* that withstands scrutiny on either standard of review is that Teal is entitled to compensation for its interest as a licence holder in the improvements. If the compensation awarded to Teal under s. 6(4) does not reflect its limited interest in the improvements, Teal does not receive compensation; rather, it receives gross overcompensation — and at the taxpayer’s expense. As the Court of Appeal stated on remand, “[i]t cannot be . . . that a statute that provides for compensation be interpreted to mean it provides for a substantial publicly financed windfall, which would serve no purpose”: 2015 BCCA 263, 386 D.L.R. (4th) 40, at para. 38. Indeed, the arbitrator’s interpretation leads to the absurd result of having the British Columbia public compensate Teal for a private ownership right to the improvements — even though no such right or interest exists and the improvements at issue are owned by the Crown.

[137] As we have explained, there was a valuation method before the arbitrator that was consistent with s. 6(4) of the *FRA*, yet the arbitrator rejected it based on an interpretation of the provision that does not withstand scrutiny on either standard of review. With respect, we see no defensible basis for this interpretation.

[135] En termes clairs, l’arbitre pouvait choisir une méthode d’évaluation compatible avec la seule interprétation raisonnable du par. 6(4) de la *FRA* : à savoir que Teal doit être indemnisée compte tenu de son intérêt limité dans les améliorations. Contrairement à ce qu’affirme notre collègue, nous sommes d’avis que la méthode de la valeur marchande n’est qu’une des méthodes que l’arbitre aurait pu employer en vertu du par. 6(4) de la *FRA*.

(7) Conclusion

[136] En fin de compte, la complexité de la preuve relative à l’évaluation semble avoir eu l’effet malheureux de dissimuler la forêt derrière les arbres. La seule interprétation du par. 6(4) de la *FRA* qui résiste à un examen selon l’une ou l’autre norme de contrôle est celle selon laquelle Teal a droit à une indemnité pour l’intérêt qu’elle détient en tant que titulaire de permis dans les améliorations. Si l’indemnité accordée à Teal au titre du par. 6(4) ne reflète pas l’intérêt limité qu’elle possède dans les améliorations, elle ne reçoit pas d’indemnité; elle reçoit plutôt une indemnité nettement excessive, et ce, aux frais du contribuable. Comme l’a affirmé la Cour d’appel à la suite du renvoi, [TRADUCTION] « [i]l est impossible [. . .] qu’une loi prévoyant une indemnisation soit interprétée comme signifiant qu’elle procure un gain fortuit substantiel à même les fonds publics qui ne servirait à rien » : 2015 BCCA 263, 386 D.L.R. (4th) 40, par. 38. En effet, l’interprétation de l’arbitre mène au résultat absurde où le public de la Colombie-Britannique indemnise Teal pour un droit de propriété privé sur les améliorations, en dépit du fait qu’aucun droit ou intérêt de cette nature n’existe et que les améliorations en cause appartiennent à la Couronne.

[137] Comme nous l’avons expliqué, l’arbitre disposait d’une méthode d’évaluation compatible avec le par. 6(4) de la *FRA*, mais il l’a rejetée sur la base d’une interprétation de la disposition qui ne résiste pas à un examen selon l’une ou l’autre norme de contrôle. Avec égards, cette interprétation nous paraît dépourvue de fondement.

IV. Disposition

[138] We agree with our colleague Gascon J. that the appeal should be allowed on the contractual interpretation question.

[139] For the reasons stated, we would dismiss the appeal in part on the statutory interpretation issue. We would not, however, restore the arbitrator's decision to award no compensation for the improvements associated with the Lillooet Licence. Although the majority of the Court of Appeal agreed with the arbitrator's valuation of the improvements associated with the Lillooet Licence, we have found that the arbitrator applied an improper interpretation of s. 6(4) of the *FRA* when valuing these improvements. Accordingly, we would remit to the arbitrator the matter of compensation for the improvements relating to all three licences at issue, namely Tree Farm Licence 46, the Fraser Licence and the Lillooet Licence.

*Appeal allowed in part with costs throughout, MOLDAVER, CÔTÉ, BROWN and ROWE JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

IV. Dispositif

[138] Nous convenons avec notre collègue le juge Gascon que le pourvoi doit être accueilli sur la question de l'interprétation contractuelle.

[139] Pour les motifs énoncés ci-dessus, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi en partie sur la question de l'interprétation législative. Nous sommes cependant d'avis de ne pas rétablir la décision de l'arbitre de ne pas accorder d'indemnité pour les améliorations se rapportant au permis Lillooet. Même si les juges majoritaires de la Cour d'appel ont souscrit à l'évaluation que l'arbitre a faite des améliorations se rapportant au permis Lillooet, nous avons conclu que l'arbitre a donné une mauvaise interprétation du par. 6(4) de la *FRA* lorsqu'il a évalué ces améliorations. Nous sommes donc d'avis de renvoyer à l'arbitre la question de l'indemnité pour les améliorations concernant les trois permis en litige, à savoir le permis de ferme forestière 46, le permis Fraser et le permis Lillooet.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens devant toutes les cours, les juges MOLDAVER, CÔTÉ, BROWN et ROWE sont dissidents en partie.*

*Procureurs de l'appelante : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Deborah Louise Douez** *Appellant*

v.

**Facebook, Inc.** *Respondent*

and

**Canadian Civil Liberties Association,  
Samuelson-Glushko Canadian Internet  
Policy and Public Interest Clinic,  
Information Technology Association of  
Canada and Interactive Advertising  
Bureau of Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: DOUEZ v. FACEBOOK, INC.**

**2017 SCC 33**

File No.: 36616.

2016: November 4; 2017: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Private international law — Courts — Jurisdiction — Choice of forum — Forum selection clauses — Consumer contract of adhesion — Company with head office in California operating online social network — Company's terms of use containing forum selection clause in favour of California courts — Resident of British Columbia and member of company's online social network bringing action against company in British Columbia relying on statutory tort pursuant to British Columbia's Privacy Act — Whether action should be stayed on basis of forum selection clause contained in terms of use — Common law test for forum selection clauses applied in consumer context — Whether analysis of forum selection clauses should be subsumed under forum non conveniens test adopted in s. 11 of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4 — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.*

**Deborah Louise Douez** *Appelante*

c.

**Facebook, Inc.** *Intimée*

et

**Association canadienne des libertés civiles,  
Clinique d'intérêt public et de politique  
d'internet du Canada Samuelson-Glushko,  
Association canadienne de la technologie de  
l'information et Bureau de la publicité  
interactive du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : DOUEZ c. FACEBOOK, INC.**

**2017 CSC 33**

N° du greffe : 36616.

2016 : 4 novembre; 2017 : 23 juin.

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

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

*Droit international privé — Tribunaux — Compétence — Choix du tribunal — Clauses d'élection de for — Contrat d'adhésion en matière de consommation — Exploitation d'un réseau social en ligne par une entreprise dont le siège est situé en Californie — Présence dans les conditions d'utilisation de l'entreprise d'une clause d'élection de for attribuant compétence aux tribunaux de la Californie — Action d'une résidente de la Colombie-Britannique membre du réseau social alléguant la commission par l'entreprise d'un délit civil prévu dans la Privacy Act de la Colombie-Britannique — Y a-t-il lieu de suspendre l'action en raison de la clause d'élection de for que renferment les conditions d'utilisation? — Application à un contrat de consommation du test de common law qui vaut à l'égard des clauses d'élection de for — L'analyse que commande la clause d'élection de for devrait-elle être assimilée à celle que commande la règle du forum non conveniens adoptée à l'art. 11 de la Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act? — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 4 — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, art. 11.*

*Privacy — Courts — Jurisdiction — British Columbia’s Privacy Act providing that despite anything contained in another Act, actions under Privacy Act must be heard and determined by Supreme Court of that province — Statute silent on contractual provisions — Whether Privacy Act overrides forum selection clauses — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4.*

Facebook, an American corporation headquartered in California, operates one of the world’s leading social networks and generates most of its revenues from advertising. D is a resident of British Columbia and has been a member of Facebook since 2007. In 2011, Facebook created a new advertising product called “Sponsored Stories”, which used the name and picture of Facebook members to advertise companies and products to other members. D brought an action in British Columbia against Facebook alleging that it used her name and likeness without consent for the purposes of advertising, in contravention to s. 3(2) of British Columbia’s *Privacy Act*. D also seeks certification of her action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*. The proposed class includes all British Columbia residents who had their name or picture used in Sponsored Stories. The estimated size of the class is 1.8 million people.

Under s. 4 of the *Privacy Act*, actions under the Act must be heard in the British Columbia Supreme Court. However, as part of the registration process, all potential users of Facebook must agree to its terms of use which include a forum selection and choice of law clause requiring that disputes be resolved in California according to California law.

Facebook brought a preliminary motion to stay the action on the basis of this forum selection clause. The chambers judge declined to enforce the clause and certified the class action. The British Columbia Court of Appeal reversed the stay decision of the chambers judge on the basis that Facebook’s forum selection clause was enforceable and that D failed to show strong cause not to enforce it. This rendered the certification issue moot and the court declined to address it.

*Held* (McLachlin C.J., Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The forum selection clause is unenforceable. The chambers judge’s

*Protection des renseignements personnels — Tribunaux — Compétence — La Privacy Act de la Colombie-Britannique prévoit que, malgré les dispositions de toute autre loi, la Cour suprême de cette province connaît de toute action fondée sur ses dispositions — Elle ne fait aucune mention des stipulations contractuelles — A-t-elle préséance sur les clauses d’élection de for? — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 4.*

Entreprise américaine dont le siège est situé en Californie, Facebook exploite l’un des principaux réseaux sociaux au monde et tire la plus grande partie de ses revenus de la publicité. D réside en Colombie-Britannique et est membre de Facebook depuis 2007. En 2011, Facebook a lancé un nouveau produit publicitaire appelé « actualités sponsorisées » (« *Sponsored Stories* »). Ce produit utilisait le nom et la photo de membres pour faire la publicité d’entreprises et de produits auprès des autres membres. D a intenté en Colombie-Britannique une action dans laquelle elle allègue que Facebook s’est servi de son nom et de son image sans son consentement pour faire de la publicité et qu’elle a ainsi contrevenu au par. 3(2) de la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique. D demande par ailleurs la certification d’un recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act*. Le groupe projeté englobe tous les résidents de la Colombie-Britannique dont le nom ou la photo a été utilisé dans une actualité sponsorisée. On estime à 1,8 million le nombre de ces personnes.

Selon l’art. 4 de la *Privacy Act*, toute action intentée sous le régime de la Loi ressortit à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cependant, lorsqu’il adhère à Facebook, l’utilisateur éventuel doit accepter les conditions d’utilisation du réseau social, dont une clause d’élection de for et de désignation du droit applicable qui stipule que toute contestation sera portée devant un tribunal de la Californie, lequel tranchera selon le droit de cet État.

Au stade préliminaire, Facebook a demandé la suspension de l’action en invoquant la clause d’élection de for. Le juge de première instance a refusé de donner effet à la clause et a certifié le recours collectif. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision de première instance sur la demande de suspension au motif que la clause d’élection de for de Facebook était exécutoire et que D n’avait pas démontré l’existence de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. La question de la certification est donc devenue théorique, et la Cour d’appel a refusé de l’examiner.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La clause d’élection de for est inexécutoire. L’ordonnance

order dismissing Facebook's application to have the Supreme Court of British Columbia decline jurisdiction is restored.

*Per* Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: In the absence of legislation to the contrary, the common law test for forum selection clauses established in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450, continues to apply and provides the analytical framework for this case. The *forum non conveniens* test adopted in the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (“*CJPTA*”) was not intended to replace the common law test for forum selection clauses. The analysis of forum selection clauses thus remains separate, despite the enactment of the *CJPTA*.

Forum selection clauses serve a valuable purpose and are commonly used and regularly enforced. However, forum selection clauses divert public adjudication of matters out of the provinces, and court adjudication in each province is a public good. Because forum selection clauses encroach on the public sphere of adjudication, Canadian courts do not simply enforce them like any other clause. Where no legislation overrides the forum selection clause, the two-step approach set out in *Pompey* applies to determine whether to enforce a forum selection clause and stay an action brought contrary to it. At the first step, the party seeking a stay must establish that the clause is valid, clear and enforceable and that it applies to the cause of action before the court. If this party succeeds, the onus shifts to the plaintiff who must show strong cause why the court should not enforce the forum selection clause and stay the action. At this second step of the test, a court must consider all the circumstances, including the convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice. Public policy may also be a relevant factor at this step. The strong cause factors have been interpreted and applied restrictively in the commercial context, but commercial and consumer relationships are very different. Irrespective of the formal validity of the contract, the consumer context may provide strong reasons not to enforce forum selection clauses. Thus, the *Pompey* strong cause factors should be modified in the consumer context to account for the different considerations relevant to this context. When considering whether it is reasonable and just to enforce an otherwise binding forum selection clause in a consumer contract, courts should take account of all the circumstances of the particular case, including public policy considerations relating to the gross inequality of

de la juge de première instance rejetant la demande présentée par Facebook afin que la Cour suprême de la Colombie-Britannique décline compétence est rétablie.

*Les* juges Karakatsanis, Wagner et Gascon : Faute de dispositions législatives à l'effet contraire, le test de common law applicable aux clauses d'élection de for établi dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450, continue de s'appliquer et offre le cadre d'analyse qui convient dans la présente affaire. Le test du *forum non conveniens* adopté dans la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (« *CJPTA* ») n'a pas été conçu pour remplacer le test de common law qui vaut à l'égard des clauses d'élection de for. L'analyse que commandent ces clauses demeure donc distincte malgré l'adoption de la *CJPTA*.

Les clauses d'élection de for ont une raison d'être louable; elles sont d'usage courant, et on leur donne couramment effet. Toutefois, elles ont pour effet de soustraire un litige à la fonction juridictionnelle des tribunaux d'une province, alors que l'exercice de cette fonction juridictionnelle dans chaque province sert le bien commun. Mais comme elles empiètent sur la fonction juridictionnelle de l'autorité judiciaire publique, les tribunaux canadiens ne se contentent pas de les appliquer comme n'importe quelles autres clauses. Lorsqu'aucune loi n'a préséance sur elles, la démarche en deux étapes établie dans *Pompey* s'applique pour décider s'il y a lieu ou non de donner effet à une clause d'élection de for et de suspendre l'action intentée malgré l'existence de celle-ci. À la première étape, la partie qui demande la suspension doit établir que la clause est valide, claire et exécutoire et qu'elle s'applique à la cause d'action dont le tribunal est saisi. Si elle y parvient, le fardeau de preuve devient celui du demandeur, qui doit démontrer l'existence de motifs sérieux pour lesquels le tribunal ne devrait pas donner effet à la clause d'élection de for et suspendre l'action. À cette seconde étape de la démarche, le tribunal doit prendre en considération toutes les circonstances, y compris les inconvénients pour les parties, l'équité entre les parties et l'intérêt de la justice. L'intérêt public peut aussi être pris en compte à cette étape. Les considérations liées à l'existence de motifs sérieux ont été interprétées et appliquées de manière restrictive dans le domaine commercial, mais il y a une grande différence entre rapports commerciaux et rapports de consommation. Indépendamment de la validité formelle du contrat, le fait qu'il s'agit d'un contrat de consommation peut offrir des motifs sérieux de refuser de donner effet à une clause d'élection de for. Ainsi, les considérations qui



bargaining power between the parties and the nature of the rights at stake.

As the Court recognized in *Pompey*, legislative provisions can override forum selection clauses. In the present case, s. 4 of the *Privacy Act* lacks the clear and specific language that legislatures normally use to override forum selection clauses. While the legislature intended s. 4 of the *Privacy Act* to confer jurisdiction to the British Columbia Supreme Court to resolve matters brought under the Act, nothing suggests that it was also intended to override forum selection clauses.

With respect to the first step of the *Pompey* test, the forum selection clause contained in Facebook's terms of use is enforceable. At the second step of the test, however, D has met her burden of establishing that there is strong cause not to enforce the forum selection clause. A number of different factors, when considered cumulatively, support a finding of strong cause. Most importantly, the claim involves a consumer contract of adhesion between an individual consumer and a large corporation and a statutory cause of action implicating the quasi-constitutional privacy rights of British Columbians. It is clear from the evidence that there was gross inequality of bargaining power between the parties. Individual consumers in this context are faced with little choice but to accept Facebook's terms of use. Additionally, Canadian courts have a greater interest in adjudicating cases impinging on constitutional and quasi-constitutional rights because these rights play an essential role in a free and democratic society and embody key Canadian values. This matter requires an interpretation of a statutory privacy tort and only a local court's interpretation of privacy rights under the *Privacy Act* will provide clarity and certainty about the scope of the rights to others in the province. Overall, these public policy concerns weigh heavily in favour of strong cause.

président à l'application du critère des motifs sérieux de l'arrêt *Pompey* devraient, dans le cas d'un contrat de consommation, en englober d'autres pertinentes dans ce contexte. Pour décider s'il est juste et raisonnable de donner effet à la clause d'élection de for par ailleurs contraignante d'un contrat de consommation, le tribunal devrait tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, y compris les considérations d'intérêt public touchant l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation des parties et la nature des droits en jeu.

Dans *Pompey*, la Cour reconnaît qu'une disposition législative peut prévaloir sur une clause d'élection de for. Dans la présente affaire, on ne trouve pas à l'art. 4 de la *Privacy Act* le libellé clair et explicite qu'emploie habituellement le législateur pour écarter une clause d'élection de for. Même s'il souhaitait que l'art. 4 de la *Privacy Act* confère compétence à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour statuer sur les demandes présentées sous le régime de la Loi, rien ne permet de penser qu'il souhaitait aussi que la disposition ait préséance sur les clauses d'élection de for.

À la première étape du test de l'arrêt *Pompey*, la clause d'élection de for des conditions d'utilisation de Facebook est jugée exécutoire. À la seconde, toutefois, D s'est déchargée de son fardeau d'établir l'existence de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. Par leur effet cumulatif, plusieurs considérations différentes permettent de conclure à l'existence de motifs sérieux. Mais surtout, la contestation vise un contrat d'adhésion en matière de consommation intervenu entre un consommateur et une grande entreprise ainsi qu'une cause d'action conférée par la loi qui fait intervenir les droits quasi constitutionnels des Britanno-Colombiens à la protection de leur vie privée. L'inégalité flagrante du pouvoir de négociation entre les parties ressort de la preuve. Dans ce contexte, le consommateur n'a pratiquement pas d'autre choix que d'accepter les conditions d'utilisation de Facebook. De plus, il existe un intérêt prépondérant à ce que les tribunaux canadiens statuent dans les affaires qui portent sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels, car ces droits jouent un rôle essentiel dans une société libre et démocratique et incarnent des valeurs canadiennes fondamentales. La présente affaire requiert l'interprétation d'un délit civil d'origine législative, et seule l'interprétation par une juridiction locale des droits à la vie privée que confère la *Privacy Act* offrira aux autres résidents de la province clarté et certitude sur la portée de ces droits. En somme, ces considérations liées à l'intérêt public militent fortement en faveur de l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for.

Two other secondary factors also suggest that the forum selection clause should not be enforced. First, even assuming that a California court could or would apply the *Privacy Act*, the interests of justice support having the action adjudicated by the British Columbia Supreme Court. The lack of evidence concerning whether a California court would hear D's claim is not determinative. The British Columbia Supreme Court, as compared to a California one, is better placed to assess the purpose and intent of the legislation and to decide whether public policy or legislative intent prevents parties from opting out of rights created by the *Privacy Act* through a choice of law clause in favour of a foreign jurisdiction. Second, the expense and inconvenience of requiring British Columbian individuals to litigate in California, compared to the comparative expense and inconvenience to Facebook, further supports a finding of strong cause. The chambers judge found it would be more convenient to have Facebook's books and records made available for inspection in British Columbia than requiring D to travel to California to advance her claim. There is no reason to disturb this finding.

*Per Abella J.:* This is an online consumer contract of adhesion. To become a member of Facebook, a consumer must accept all the terms stipulated in the terms of use, including the forum selection clause. No bargaining, no choice, no adjustments. The automatic nature of the commitments made with online contracts intensifies the scrutiny for clauses that have the effect of impairing a consumer's access to potential remedies.

The operative test in *Pompey* for determining whether to enforce a forum selection clause engages two distinct inquiries. The first is into whether the clause is enforceable under contractual doctrines like public policy, duress, fraud, unconscionability or grossly uneven bargaining positions. If the clause is enforceable, the onus shifts to the consumer to show "strong cause" why the clause should not be enforced because of factors typically considered under the *forum non conveniens* doctrine. Keeping the two *Pompey* inquiries distinct means that before the onus shifts, the focus starts where it should, namely on whether the contract or clause itself is enforceable based on basic contractual principles.

Deux autres considérations secondaires donnent aussi à penser que la clause d'élection de for ne devrait pas s'appliquer. Premièrement, à supposer même qu'un tribunal californien pourrait appliquer ou appliquerait la *Privacy Act*, l'intérêt de la justice milite en faveur de l'instruction de l'action par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. L'absence de preuve qu'un tribunal de la Californie refuserait d'entendre la demande de D n'est pas décisive. La Cour suprême de la Colombie-Britannique est mieux placée qu'une juridiction californienne pour définir l'objet de la loi et l'intention qui la sous-tend, puis décider si l'intérêt public ou l'intention du législateur empêche les parties d'écarter les droits issus de la *Privacy Act* en choisissant de se soumettre au droit d'un ressort étranger. Deuxièmement, les frais et les inconvénients occasionnés aux Britanno-Colombiens par l'obligation de poursuivre en Californie, comparés à ceux occasionnés à Facebook, étaient aussi la conclusion qu'il existe des motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for. La juge de première instance a conclu qu'il serait plus commode de rendre les registres et les dossiers de Facebook disponibles pour examen en Colombie-Britannique que d'obliger D à se déplacer jusqu'en Californie pour défendre sa cause. Aucun élément ne justifie de modifier sa conclusion.

*La juge Abella :* Le pourvoi a pour objet un contrat d'adhésion en matière de consommation. Pour devenir membre de Facebook, un consommateur doit adhérer aux conditions d'utilisation du réseau social dans leur intégralité, ce qui comprend la clause d'élection de for. Il n'y a ni négociation, ni choix, ni modulation. Le caractère automatique des engagements qui résultent d'un contrat conclu en ligne resserre l'examen des clauses qui ont l'effet de compromettre l'accès du consommateur à d'éventuels recours.

Le test établi dans l'arrêt *Pompey* pour décider de l'applicabilité d'une clause d'élection de for suppose deux examens distincts. Le premier consiste à se demander si la clause est exécutoire suivant des doctrines appliquées en droit des contrats comme l'ordre public, la contrainte, la fraude, l'iniquité et le déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation des parties. Si la clause est jugée exécutoire, il incombe alors au consommateur de démontrer l'existence de « motifs sérieux » de ne pas donner effet à la clause en raison de considérations qui ressortissent habituellement à la doctrine du *forum non conveniens*. Assurer le caractère distinct de chacune des étapes de la démarche suivie dans *Pompey* c'est se poser la bonne question avant de faire passer le fardeau de la preuve au consommateur : le contrat ou la clause comme telle est-il exécutoire au regard des principes fondamentaux du droit contractuel?

In this case, the forum selection clause is unenforceable under the first step of the *Pompey* test applying contractual principles.

The burdens of forum selection clauses on consumers and their ability to access the court system range from added costs, logistical impediments and delays, to deterrent psychological effects. When online consumer contracts of adhesion contain terms that unduly impede the ability of consumers to vindicate their rights in domestic courts, particularly their quasi-constitutional or constitutional rights, public policy concerns outweigh those favouring enforceability of a forum selection clause.

Public policy concerns relating to access to domestic courts are especially significant in this case given that it deals with a fundamental right: privacy. Section 4 of British Columbia's *Privacy Act* states that the particular protections in the *Act* "must be heard and determined by the Supreme Court" despite anything contained in another Act. This is statutory recognition that privacy rights under the *Act* are entitled to protection in British Columbia by judges of the British Columbia Supreme Court. It would be contrary to public policy to enforce a forum selection clause in a consumer contract that has the effect of depriving a party of access to a statutorily mandated court.

Tied to the public policy concerns is the "grossly uneven bargaining power" of the parties. Facebook is a multi-national corporation which operates in dozens of countries. D is a private citizen who had no input into the terms of the contract and, in reality, no meaningful choice as to whether to accept them given Facebook's undisputed indispensability to online conversations.

The doctrine of unconscionability also applies in this case to render the forum selection clause unenforceable. Both elements required for the doctrine of unconscionability to apply — inequality of bargaining power and unfairness — are met in this case. The inequality of bargaining power between Facebook and D in an online contract of adhesion gave Facebook the unilateral ability to require that any legal grievances D had could not be vindicated in British Columbia where the contract was made, but only in California where Facebook has its head office. This gives Facebook an unfair and overwhelming procedural — and potentially substantive — benefit.

Dans la présente affaire, la clause d'élection de for n'est pas exécutoire au regard des principes du droit contractuel appliqués à la première étape du test de l'arrêt *Pompey*.

Les contraintes que les clauses d'élection de for imposent aux consommateurs et à leur accès à la justice vont des coûts supplémentaires, des difficultés d'ordre logistique et des délais aux effets psychologiques dissuasifs. Lorsqu'un contrat d'adhésion en matière de consommation conclu en ligne renferme des conditions qui compromettent indûment la faculté qu'a le consommateur de faire valoir ses droits devant les tribunaux nationaux, surtout s'il s'agit de droits quasi constitutionnels ou constitutionnels, les considérations liées à l'ordre public l'emportent sur celles qui militent en faveur du caractère exécutoire d'une clause d'élection de for.

Les considérations liées à l'ordre public et à l'accès aux tribunaux nationaux sont d'autant plus importantes dans la présente affaire qu'un droit fondamental comme celui au respect de la vie privée est en jeu. L'article 4 de la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique dispose que, malgré les dispositions de toute autre loi, « la Cour suprême [de la province] connaît de toute action » relative aux garanties qu'offre la Loi. Le législateur y reconnaît que les droits à la vie privée conférés par la Loi bénéficient dans la province de la protection des juges de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Donner effet à la clause d'élection de for d'un contrat de consommation qui empêche une partie de saisir le tribunal désigné par la loi irait à l'encontre de l'ordre public.

À ces considérations d'ordre public s'ajoute le « pouvoir de négociation très inégal » des parties. Facebook est une multinationale présente dans des dizaines de pays. D est une simple citoyenne qui n'a eu aucun mot à dire sur les conditions du contrat et, de fait, elle n'a pas vraiment eu d'autre choix que de les accepter étant donné le fait incontesté que l'utilisation de Facebook est indispensable dans les échanges en ligne.

La doctrine de l'iniquité s'applique elle aussi de manière à rendre la clause d'élection de for inexécutoire. Les deux éléments requis pour que s'applique la doctrine de l'iniquité — l'inégalité du pouvoir de négociation et l'injustice — sont réunis en l'espèce. L'inégalité du pouvoir de négociation de Facebook et de D face à un contrat d'adhésion conclu en ligne a conféré à Facebook la faculté unilatérale d'exiger de D qu'elle fasse valoir toute réclamation juridique non pas en Colombie-Britannique, où le contrat est intervenu, mais seulement en Californie, où se trouve le siège de Facebook. Il en résulte pour cette dernière un avantage injuste et écrasant sur le plan procédural et, peut-être aussi, sur le plan substantiel.

*Per* McLachlin C.J. and Moldaver and Côté JJ. (dissenting): When parties agree to a jurisdiction for the resolution of disputes, courts will give effect to that agreement, unless the claimant establishes strong cause for not doing so. In this case, D has not shown strong cause for not enforcing the forum selection clause to which she agreed. Therefore, the action must be tried in California, as the contract requires, and a stay of the underlying claim should be entered.

Section 11 of the *CJPTA* does not apply to oust forum selection clauses. Pursuant to *Pompey*, where the parties have agreed in advance to a choice of forum, there is no need to inquire into which of the two forums is the more convenient; the parties have settled the matter by their contract, unless the contractual clause is invalid or inapplicable or should not be applied because the plaintiff has shown strong cause not to do so. A unified test that would apply forum selection clauses as an element of the *forum non conveniens* test should be rejected. While the *CJPTA* is a complete codification of the common law related to *forum non conveniens*, it does not supplant the common law principles underlying the enforcement of forum selection clauses. If the test in *Pompey* is satisfied and the forum selection clause is inapplicable, the result is a situation where there are two competing possibilities for forum. At this point, the *CJPTA* which codifies the common law provisions for *forum non conveniens* applies. In this case, the test in *Pompey* is not satisfied and therefore s. 11 of the *CJPTA* does not assist D.

With respect to the first step of the *Pompey* test, Facebook has discharged the burden of establishing that the forum selection clause is enforceable and applies in the circumstances: it is established that an enforceable contract may be formed by clicking an appropriately designated online icon; the contract on its face is clear and there is no inconsistency between a commitment to strive to apply local laws and an agreement that disputes will be tried in California; and finally, s. 4 of the *Privacy Act* grants the Supreme Court of British Columbia subject matter jurisdiction over *Privacy Act* claims to the exclusion of other British Columbia courts but nothing in the language of s. 4 suggests that it can render an otherwise valid contractual term unenforceable.

While the court can refuse to enforce otherwise valid contractual provisions that offend public policy, the party

*La juge en chef* McLachlin et les juges Moldaver et Côté (dissidents) : Lorsque les parties conviennent d'un ressort pour le règlement de leurs différends, les tribunaux donnent effet à cet accord à moins que le demandeur n'établisse l'existence de motifs sérieux de ne pas le faire. Dans la présente affaire, D n'a pas établi l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for qu'elle avait acceptée. Par conséquent, l'action devrait être entendue en Californie comme le stipule le contrat et faire l'objet d'une suspension d'instance.

L'article 11 de la *CJPTA* ne permet pas d'écarter une clause d'élection de for. Conformément à l'arrêt *Pompey*, lorsque les parties se sont entendues au préalable sur un ressort, il n'y a pas lieu de se demander lequel des deux ressorts convient le plus; elles ont réglé la question dans leur contrat, sous réserve de l'invalidité ou du caractère inapplicable de la clause contractuelle ou de l'existence — établie par le demandeur — de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. Il convient de rejeter l'idée d'un test unifié qui intégrerait l'analyse relative à la clause d'élection de for à celle du *forum non conveniens*. Bien que la *CJPTA* codifie entièrement la règle du *forum non conveniens* de la common law, elle n'a pas préséance sur les principes de common law qui sous-tendent l'exécution d'une clause d'élection de for. Lorsqu'il est satisfait au test de l'arrêt *Pompey* et que la clause d'élection de for est inexécutoire, deux ressorts concurrents sont susceptibles d'avoir compétence. C'est alors que s'applique la *CJPTA*, qui codifie la règle du *forum non conveniens* de la common law. Dans la présente affaire, le test de l'arrêt *Pompey* n'est pas satisfait, et D ne peut donc pas bénéficier de l'art. 11 de la *CJPTA*.

En ce qui a trait au premier volet du test de l'arrêt *Pompey*, Facebook s'est acquittée de son fardeau de démontrer que la clause d'élection de for est exécutoire et qu'elle s'applique dans les circonstances : il est établi qu'un contrat exécutoire peut être formé en ligne en cliquant sur une icône bien identifiée; le contrat est incontestablement clair et le fait de s'engager à s'efforcer d'appliquer les lois locales n'est pas contradictoire avec celui de convenir d'intenter tout recours éventuel en Californie; enfin, l'art. 4 de la *Privacy Act* accorde à la Cour suprême de la Colombie-Britannique compétence *rationae materiae* à l'égard des demandes fondées sur la *Privacy Act* à l'exclusion de tout autre tribunal de la province, mais aucun élément de son libellé ne donne à penser qu'il peut rendre inexécutoire une clause contractuelle par ailleurs valide.

Même si un tribunal peut refuser de donner effet à une stipulation contractuelle par ailleurs valide, mais

seeking to avoid enforcement of the clause must prove the existence of an overriding public policy that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts. No such overriding public policy is found on the facts of this case. Forum selection clauses, far from being unconscionable or contrary to public policy, are supported by strong policy considerations. They serve an important role of increasing certainty and predictability in transactions that take place across borders. And, the fact that a contract is in standard form does not affect the validity of such a clause. That is not to say that forum selection clauses will always be given effect by the courts. Burdens of distance or geography may render the application of a forum selection clause unfair in the circumstances. However, those considerations are relevant at the second step of *Pompey*, not the first. Here, the forum selection clause is valid and applicable and the first step of *Pompey* test has been met.

As to the second step of the *Pompey* test, requiring the plaintiff to demonstrate strong cause is essential for upholding certainty, order and predictability in private international law, especially in light of the proliferation of online services provided across borders. In this case, none of the circumstances relied on by D show strong cause why the forum selection clause should not be enforced. She has not shown that the facts in the case and the evidence to be adduced shifts the balance of convenience from the contracted state of California to British Columbia. Further, the British Columbia tort created by the *Privacy Act* does not require special expertise and the courts of California have not been shown to be disadvantaged in interpreting the *Privacy Act* as compared with the Supreme Court of British Columbia. Nothing in D's situation suggests that the class action she wishes to commence could not be conducted in California just as easily as in British Columbia. There is also no suggestion that Facebook does not genuinely wish all litigation with users to take place in California. Finally, D has not shown that application of the forum selection clause would deprive her of a fair trial.

Applying the strong cause test in a nuanced manner or modifying the test to place the burden on the defendant in the context of consumer contracts of adhesion would amount to inappropriately overturning the Court's decision in *Pompey* and substituting new and different principles. Nuancing the strong cause test by considering

qui contrevient à l'ordre public, la partie qui cherche à ce que cette clause soit sans effet doit établir l'existence d'une considération d'ordre public prépondérante qui l'emporte sur le très grand intérêt public lié à l'exécution des contrats. Les faits de la présente affaire ne révèlent pas l'existence d'une telle considération d'ordre public prépondérante. Loin d'être iniques ou contraires à l'ordre public, les clauses d'élection de for procèdent de solides considérations d'intérêt public. Elles contribuent à accroître la certitude et la prévisibilité dans les opérations transfrontalières. Et le fait qu'elles figurent dans des contrats types n'a pas d'incidence sur leur validité. Cela ne signifie pas que le tribunal leur donnera toujours effet. Des obstacles liés à l'éloignement ou des obstacles géographiques peuvent rendre l'application d'une clause d'élection de for injuste dans certains cas. Or, ces considérations intéressent le deuxième volet du test de l'arrêt *Pompey*, non le premier. Dans la présente affaire, la clause d'élection de for est valide et applicable et il est satisfait au premier volet du test de l'arrêt *Pompey*.

Quant au deuxième volet de ce test, exiger du demandeur qu'il établisse l'existence de motifs sérieux est essentiel au maintien de la certitude, de l'ordre et de la prévisibilité qu'assure le droit international privé, surtout au vu de la prolifération des services en ligne transfrontaliers. Dans la présente affaire, aucune des considérations invoquées par D n'établit l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for. D n'a pas démontré que, par application du critère de la prépondérance des inconvénients, les faits de l'espèce et la preuve qui serait produite favorisent la Colombie-Britannique au détriment du ressort désigné dans le contrat, soit la Californie. De plus, se prononcer sur le délit civil créé par la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique ne nécessite pas une expertise spéciale, et il n'a pas été démontré qu'un tribunal de la Californie serait moins apte que la Cour suprême de la Colombie-Britannique à interpréter cette loi. Aucun élément de la situation de D n'indique que le recours collectif projeté ne pourrait pas être intenté en Californie aussi facilement qu'en Colombie-Britannique. Rien n'indique que Facebook ne souhaite pas vraiment que tous les litiges susceptibles de l'opposer à ses utilisateurs se déroulent en Californie. Finalement, D n'a pas démontré que l'application de la clause d'élection de for l'empêcherait de bénéficier d'un procès équitable.

L'application nuancée du critère des motifs sérieux ou la modification du critère afin que le fardeau de la preuve incombe au défendeur dans le cas de contrats d'adhésion en matière de consommation reviendrait à infirmer à tort la décision de la Cour dans l'affaire *Pompey* et à y substituer des principes nouveaux et différents. Nuancer

the factor of the consumer's lack of bargaining power conflates the first step of the test set out in *Pompey* with the second step, in a way that profoundly alters the law endorsed in *Pompey*. It is at the first step that inequality of bargaining power is relevant. Inequality of bargaining power may lead to a clause being declared unconscionable – something not argued by D. In this case, Facebook has demonstrated that the forum selection clause is enforceable and D has failed to establish strong cause why the forum selection clause she agreed to should not be enforced.

### Cases Cited

By Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

**Applied:** *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; **referred to:** *Momentous.ca Corp. v. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd.*, 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467, aff'd 2012 SCC 9, [2012] 1 S.C.R. 359; *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321; *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570; *Armoyan v. Armoyan*, 2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204; *Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146; *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *The Fehmarn*, [1958] 1 All E.R. 333; *Preymann v. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391; *The "Eleftheria"*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, 2001 SCC 90, [2001] 3 S.C.R. 907; *Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749; *Aldo Group Inc. v. Moneris Solutions Corp.*, 2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Straus v. Decaire*, 2007 ONCA 854; *Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241; *Stubbs v. ATS Applied Tech Systems Inc.*, 2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386; *Welex A.G. v. Rosa Maritime Limited (The "Epsilon Rosa")*, [2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 Lloyd's Rep. 509; *The "Bergen" (No. 2)*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 710; *Quinlan v. Safe International Försäkrings AB*, [2005] FCA 1362; *Incitec Ltd. v. Alkimos Shipping Corp.*, [2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *80 Wellesley St. East Ltd. v. Fundy Bay Builders Ltd.*, [1972] 2 O.R. 280; *TCR Holding Corp. v. Ontario*, 2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175; *Kelly v. Human Rights Commission (P.E.I.)*, 2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; *BG Checo*

le critère des motifs sérieux en s'en remettant à une autre considération, à savoir l'absence d'un pouvoir de négociation du consommateur, confond le premier volet du test de l'arrêt *Pompey* avec le second, si bien que le droit jugé applicable dans *Pompey* s'en trouve modifié en profondeur. C'est à ce premier volet que l'inégalité du pouvoir de négociation est pertinente. Cet élément peut amener le tribunal à conclure que la clause est inique, ce que D n'a pas plaidé. Dans la présente affaire, Facebook a démontré que la clause d'élection de for est exécutoire, et D n'a pas établi l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à cette clause à laquelle elle a consenti.

### Jurisprudence

Citée par les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon

**Arrêt appliqué :** *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; **arrêts mentionnés :** *Momentous.ca Corp. c. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd.*, 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467, conf. par 2012 CSC 9, [2012] 1 R.C.S. 359; *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321; *Viroforce Systems Inc. c. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570; *Armoyan c. Armoyan*, 2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204; *Hudye Farms Inc. c. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146; *Frey c. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *The Fehmarn*, [1958] 1 All E.R. 333; *Preymann c. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391; *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, 2001 CSC 90, [2001] 3 R.C.S. 907; *Donohue c. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749; *Aldo Group Inc. c. Moneris Solutions Corp.*, 2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Straus c. Decaire*, 2007 ONCA 854; *Expedition Helicopters Inc. c. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241; *Stubbs c. ATS Applied Tech Systems Inc.*, 2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386; *Welex A.G. c. Rosa Maritime Limited (The « Epsilon Rosa »)*, [2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 Lloyd's Rep. 509; *The « Bergen » (No. 2)*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 710; *Quinlan c. Safe International Försäkrings AB*, [2005] FCA 1362; *Incitec Ltd. c. Alkimos Shipping Corp.*, [2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *80 Wellesley St. East Ltd. c. Fundy Bay Builders Ltd.*, [1972] 2 O.R. 280; *TCR Holding Corp. c. Ontario*, 2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175; *Kelly c. Human Rights Commission (P.E.I.)*, 2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336; *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531;

*International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162; *Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277; *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp. Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45.

By Abella J.

**Applied:** *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; **referred to:** *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Zi Corp. v. Steinberg*, 2006 ABQB 92, 396 A.R. 157; *Gould v. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *Ironrod Investments Inc. v. Enquest Energy Services Corp.*, 2011 ONSC 308; *Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.* (2001), 20 B.L.R. (3d) 289, aff’d. (2003), 63 O.R. (3d) 431; *Takefman v. Golden Hope Mines Ltd.*, 2015 QCCS 4947; *Nord Resources Corp. v. Nord Pacific Ltd.*, 2003 NBQB 213, 37 B.L.R. (3d) 115; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69.

By McLachlin C.J and Côté J. (dissenting)

*Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; *Preymann v. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391; *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd’s Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321; *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570; *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146; *Rudder v. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474; *Berkson v. Gogo LLC*, 97 F. Supp.3d 359 (2015); *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749; *Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Texas*, 134 S.Ct. 568 (2013); *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972); *Akai Pty Ltd. v. People’s Insurance Co.* (1996), 188

*BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162; *Vita Food Products, Inc. c. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277; *Avenue Properties Ltd. c. First City Dev. Corp. Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45.

Citée par la juge Abella

**Arrêt appliqué :** *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; **arrêts mentionnés :** *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Zi Corp. c. Steinberg*, 2006 ABQB 92, 396 A.R. 157; *Gould c. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *Ironrod Investments Inc. c. Enquest Energy Services Corp.*, 2011 ONSC 308; *Incorporated Broadcasters Ltd. c. Canwest Global Communications Corp.* (2001), 20 B.L.R. (3d) 289, conf. par (2003), 63 O.R. (3d) 431; *Takefman c. Golden Hope Mines Ltd.*, 2015 QCCS 4947; *Nord Resources Corp. c. Nord Pacific Ltd.*, 2003 NBQB 213, 37 B.L.R. (3d) 115; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69.

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Côté (dissidentes)

*Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; *Preymann c. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391; *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd’s Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321; *Viroforce Systems Inc. c. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570; *Frey c. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *Hudye Farms Inc. c. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146; *Rudder c. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474; *Berkson c. Gogo LLC*, 97 F. Supp.3d 359 (2015); *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Donohue c. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749; *Atlantic Marine Construction Co. c. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Texas*, 134 S.Ct. 568 (2013); *The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972); *Akai Pty Ltd. c. People’s Insurance Co.* (1996), 188 C.L.R. 418; *Advanced*

C.L.R. 418; *Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186; *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991); *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.

### Statutes and Regulations Cited

*Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, s. 3.  
*Civil Code of Québec*, art. 3149.  
*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50.  
*Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.  
*Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, s. 15(1).  
*Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, s. 46(1).  
*Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, ss. 1(1), 3(2), 4.  
*Regulation (E.U.) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, [2012] O.J.L. 351/1, arts. 18, 19.  
*Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 180(1).

### Authors Cited

Benson, Peter. “Radin on Consent and Fairness in Consumer Boilerplate: A Brief Comment” (2013), 54 *Can. Bus. L.J.* 282.  
 Braucher, Jean. “Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State” (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 382.  
 Ellinghaus, M. P. “In Defense of Unconscionability” (1969), 78 *Yale L.J.* 757.  
 Farrow, Trevor C. W. *Civil Justice, Privatization, and Democracy*. Toronto: University of Toronto Press, 2014.  
 Geist, Michael A. “Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction” (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1345.  
 Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.

*Cardiovascular Systems Inc. c. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186; *Carnival Cruise Lines, Inc. c. Shute*, 499 U.S. 585 (1991); *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

### Lois et règlements cités

*Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, art. 3.  
*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50.  
*Code civil du Québec*, art. 3149.  
*Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28, art. 11.  
*Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, art. 15(1).  
*Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, c. 6, art. 46(1).  
*Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 1(1), 3(2), 4.  
*Règlement (U.E.) N° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)*, [2012] J.O. L. 351/1, art. 18, 19.  
*Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 180(1).

### Doctrine et autres documents cités

Benson, Peter. « Radin on Consent and Fairness in Consumer Boilerplate : A Brief Comment » (2013), 54 *Rev. can. dr. comm.* 282.  
 Braucher, Jean. « Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 382.  
 Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada. *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (en ligne : <http://www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/184-josetta-1-fr-fr/lois-uniformes/compence-des-tribunaux-et-transfert-des-causes-loi-sur-la/1093-loi-uniforme-sur-la-competence-des-tribunaux-et-le-transfert-des-causes-1994>; version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC33\\_1\\_fra.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC33_1_fra.pdf)).



- Joseph, David. *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2010.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- Mullenix, Linda S. “Another Easy Case, Some More Bad Law: *Carnival Cruise Lines* and Contractual Personal Jurisdiction” (1992), 27 *Tex. Int’l L.J.* 323.
- Pavlović, Marina. “Contracting out of Access to Justice: Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts” (2016), 62 *McGill L.J.* 389.
- Peel, Edwin. “Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws”, [1998] *L.M.C.L.Q.* 182.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- Preston, Cheryl B. “‘Please Note: You Have Waived Everything’: Can Notice Redeem Online Contracts?” (2015), 64 *Am. U. L. Rev.* 535.
- Purcell, Edward A. Jr. “Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court” (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423.
- Resnik, Judith. “Procedure as Contract” (2005), 80 *Notre Dame L. Rev.* 593.
- Saumier, Geneviève. “What’s in a Name? Lloyd’s, International Comity and Public Policy” (2002), 37 *Can. Bus. L.J.* 388.
- Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
- Tang, Zheng. “Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-commerce” (2005), 1 *J. Priv. Int. L.* 237.
- Tang, Zheng Sophia. *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, 2nd ed. Portland, Or.: Hart, 2015.
- Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (online: <http://www.ulcc.ca/en/uniform-acts-new-order/current-uniform-acts/739-jurisdiction/civil-jurisdiction/1730-court-jurisdiction-proceedings-transfer-act?showall=1&limitstart=>; archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC33\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC33_1_eng.pdf)).
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 2010.
- Waddams, Stephen. “Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism” (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 475.
- Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2017, release 60).
- Ellinghaus, M. P. « In Defense of Unconscionability » (1969), 78 *Yale L.J.* 757.
- Farrow, Trevor C. W. *Civil Justice, Privatization, and Democracy*, Toronto, University of Toronto Press, 2014.
- Geist, Michael A. « Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction » (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1345.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.
- Joseph, David. *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2010.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
- Mullenix, Linda S. « Another Easy Case, Some More Bad Law : *Carnival Cruise Lines* and Contractual Personal Jurisdiction » (1992), 27 *Tex. Int’l L.J.* 323.
- Pavlović, Marina. « Contracting out of Access to Justice : Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts » (2016), 62 *R.D. McGill* 389.
- Peel, Edwin. « Exclusive jurisdiction agreements : purity and pragmatism in the conflict of laws », [1998] *L.M.C.L.Q.* 182.
- Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Preston, Cheryl B. « “Please Note : You Have Waived Everything” : Can Notice Redeem Online Contracts? » (2015), 64 *Am. U. L. Rev.* 535.
- Purcell, Edward A. Jr. « Geography as a Litigation Weapon : Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court » (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423.
- Resnik, Judith. « Procedure as Contract » (2005), 80 *Notre Dame L. Rev.* 593.
- Saumier, Geneviève. « What’s in a Name? Lloyd’s, International Comity and Public Policy » (2002), 37 *Rev. can. dr. comm.* 388.
- Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.
- Tang, Zheng. « Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-commerce » (2005), 1 *J. Priv. Int. L.* 237.
- Tang, Zheng Sophia. *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, 2nd ed., Portland (Or.), Hart, 2015.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed., Toronto, Canada Law Book, 2010.
- Waddams, Stephen. « Review Essay : The Problem of Standard Form Contracts : A Retreat to Formalism » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 475.

Walsh, Catherine. “The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts” (2010), 60 *U.N.B.L.J.* 12.

Woodward, William J., Jr. “Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration” (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J.B.C. and Lowry and Goepel J.J.A.), 2015 BCCA 279, 77 B.C.L.R. (5th) 116, 374 B.C.A.C. 56, 642 W.A.C. 56, 73 C.P.C. (7th) 87, 387 D.L.R. (4th) 360, [2016] 1 W.W.R. 287, [2015] B.C.J. No. 1270 (QL), 2015 CarswellBC 1671 (WL Can.), setting aside a decision of Griffin J., 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254, 53 C.P.C. (7th) 302, [2014] B.C.J. No. 1051 (QL), 2014 CarswellBC 1487 (WL Can.). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Moldaver and Côté J.J. dissenting.

*Ward K. Branch, Q.C., Christopher Rhone and Michael Sobkin*, for the appellant.

*Mark A. Gelowitz and W. David Rankin*, for the respondent.

*Cynthia Kuehl and Meredith E. Jones*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Paul J. Bates, Marina Pavlovic and Jeremy de Beer*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

*Matthew P. Gottlieb, Paul Michell and Ian C. Matthews*, for the intervener the Information Technology Association of Canada.

*Derek J. Bell and Jason M. Berall*, for the intervener the Interactive Advertising Bureau of Canada.

Walker, Janet. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2017, release 60).

Walsh, Catherine. « The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts » (2010), 60 *R.D. U.N.-B.* 12.

Woodward, William J., Jr. « Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration » (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Lowry et Goepel), 2015 BCCA 279, 77 B.C.L.R. (5th) 116, 374 B.C.A.C. 56, 642 W.A.C. 56, 73 C.P.C. (7th) 87, 387 D.L.R. (4th) 360, [2016] 1 W.W.R. 287, [2015] B.C.J. No. 1270 (QL), 2015 CarswellBC 1671 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Griffin, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254, 53 C.P.C. (7th) 302, [2014] B.C.J. No. 1051 (QL), 2014 CarswellBC 1487 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

*Ward K. Branch, c.r., Christopher Rhone et Michael Sobkin*, pour l’appelante.

*Mark A. Gelowitz et W. David Rankin*, pour l’intimée.

*Cynthia Kuehl et Meredith E. Jones*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Paul J. Bates, Marina Pavlovic et Jeremy de Beer*, pour l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko.

*Matthew P. Gottlieb, Paul Michell et Ian C. Matthews*, pour l’intervenante l’Association canadienne de la technologie de l’information.

*Derek J. Bell et Jason M. Berall*, pour l’intervenant le Bureau de la publicité interactive du Canada.

The following is the judgment delivered by

KARAKATSANIS, WAGNER AND GASCON JJ. —

### I. Overview

[1] Forum selection clauses purport to oust the jurisdiction of otherwise competent courts in favour of a foreign jurisdiction. To balance contractual freedom with the public good in having local courts adjudicate certain claims, courts have developed a test to determine whether such clauses should be enforced. This test has mostly been applied in commercial contexts, where forum selection clauses are generally enforced to hold sophisticated parties to their bargain, absent exceptional circumstances. This appeal requires the Court to apply this test in a consumer context.

[2] Deborah Douez is a resident of British Columbia and a member of the social network Facebook.com. She claims that Facebook, Inc. infringed her privacy rights and those of more than 1.8 million British Columbians, contrary to the *Privacy Act* of that province. Facebook is seeking to have the action stayed on the basis of the forum selection clause contained in its terms of use, which every user must click to accept in order to use its social network.

[3] The chambers judge refused to stay the action, concluding that the *Privacy Act* overrides the clause, and that it provides strong reasons not to enforce it. The Court of Appeal reversed her decision, concluding instead that the clause was enforceable and that Ms. Douez had failed to show strong cause not to enforce it.

[4] Like our colleague Abella J., although for different reasons, we would allow the appeal. In our view, while s. 4 of the *Privacy Act* does not override forum selection clauses, Ms. Douez has established

Version française du jugement rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS, WAGNER ET  
GASCON —

### I. Aperçu

[1] Les clauses d'élection de for visent à écarter la compétence d'un tribunal, par ailleurs susceptible d'être régulièrement saisi, au profit de celle d'un tribunal étranger. Pour établir un juste équilibre entre la liberté contractuelle et l'intérêt public à faire instruire certaines demandes par une juridiction locale, les tribunaux ont conçu un test permettant de décider s'il y a lieu ou non de donner effet à de telles clauses. Ils l'ont surtout appliqué en matière commerciale, donnant alors généralement effet à ces clauses pour contraindre des parties contractuelles averties à respecter leurs engagements, sauf circonstances exceptionnelles. La Cour est aujourd'hui appelée à appliquer ce test en matière de contrats de consommation.

[2] Résidente de la Colombie-Britannique, Deborah Douez est membre du réseau social Facebook.com. Elle affirme que Facebook, Inc. a porté atteinte à son droit à la vie privée, ainsi qu'à celui de plus de 1,8 million de Britanno-Colombiens, en contravention avec la *Privacy Act* de cette province. Facebook demande la suspension de l'instance en invoquant à l'appui la clause d'élection de for prévue dans les conditions d'utilisation que chaque utilisateur doit accepter au moyen d'un clic pour pouvoir utiliser son réseau social.

[3] La juge de première instance a refusé de suspendre l'instance après avoir conclu que la *Privacy Act* l'emportait sur cette clause et qu'elle fournissait des motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause. La Cour d'appel a infirmé sa décision, estimant plutôt que la clause était exécutoire et que M<sup>me</sup> Douez n'avait pas établi l'existence de motifs sérieux de ne pas y donner effet.

[4] À l'instar de notre collègue la juge Abella, mais pour des motifs différents, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Selon nous, bien que l'art. 4 de la *Privacy Act* n'ait pas préséance sur les clauses

strong reasons not to enforce the clause at issue here. The grossly uneven bargaining power between the parties and the importance of adjudicating quasi-constitutional privacy rights in the province are reasons of public policy that are compelling, and when considered together, are decisive in this case. In addition, the interests of justice, and the comparative convenience and expense of litigating in California, all support a finding of strong cause in the present case.

## II. Background

[5] The respondent, Facebook, Inc., is an American corporation headquartered in California. It operates Facebook.com, one of the world's leading social networks, and generates most of its revenues from advertising. The appellant, Ms. Douez, is a resident of British Columbia and has been a member of Facebook since 2007.

[6] In 2011, Facebook created a new advertising product called "Sponsored Stories". This product used the name and picture of Facebook members, allegedly without their knowledge, to advertise companies and products to other members on the site and externally.

[7] Ms. Douez brought an action against Facebook when she noticed that her name and profile picture had been used in Sponsored Stories. She alleges that Facebook used her name and likeness without consent for the purposes of advertising, in contravention to s. 3(2) of the *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373:

(2) It is a tort, actionable without proof of damage, for a person to use the name or portrait of another for the purpose of advertising or promoting the sale of, or other trading in, property or services, unless that other, or a person entitled to consent on his or her behalf, consents to the use for that purpose.

d'élection de for, M<sup>me</sup> Douez a démontré qu'il existe des motifs sérieux de ne pas appliquer la clause en l'espèce. Le déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation entre les parties et l'importance qu'il soit statué dans la province sur des droits à la vie privée qui revêtent un caractère quasi constitutionnel sont des considérations d'intérêt public convaincantes qui, conjointement, se révèlent décisives en l'espèce. De plus, l'intérêt de la justice ainsi que le coût et les inconvénients d'une poursuite en Californie étayent la conclusion que des motifs sérieux existent bel et bien en l'espèce.

## II. Contexte

[5] L'intimée, Facebook, Inc., est une entreprise américaine dont le siège est situé en Californie. Elle exploite Facebook.com, l'un des principaux réseaux sociaux au monde, et elle tire la plus grande partie de ses revenus de la publicité. L'appelante, M<sup>me</sup> Douez, réside en Colombie-Britannique et est membre de Facebook depuis 2007.

[6] En 2011, Facebook a lancé un nouveau produit publicitaire qu'elle a appelé « actualités sponsorisées » (« *Sponsored Stories* »). Ce produit utilisait le nom et la photo de membres, prétendument à leur insu, pour faire la publicité d'entreprises et de produits auprès des autres membres, sur le site et ailleurs sur Internet.

[7] M<sup>me</sup> Douez a intenté une action contre Facebook après avoir constaté que son nom et sa photo de profil s'étaient retrouvés dans des actualités sponsorisées. Elle allègue que Facebook s'est servi de son nom et de son image sans son consentement pour faire de la publicité et a ainsi contrevenu au par. 3(2) de la *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, qui dispose :

[TRADUCTION]

(2) Quiconque utilise le nom ou l'image d'une autre personne en vue de faire la publicité ou de promouvoir la vente ou l'échange de tout bien ou service, mais sans avoir obtenu au préalable son consentement ou celui de la personne autorisée à consentir pour elle à cette utilisation, commet un délit civil et peut être poursuivie avec ou sans preuve d'un préjudice.

Ms. Douez also seeks certification of her action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. The proposed class includes all British Columbia residents who had their name or picture used in Sponsored Stories. The estimated size of the class is 1.8 million people.

[8] Facebook is free to join and use, but all potential users — including Ms. Douez — must agree to its terms of use as part of the registration process. These terms include a forum selection and choice of law clause requiring that disputes be resolved in California according to California law:

You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in a state or federal court located in Santa Clara County. The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions. You agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County, California for purpose of litigating all such claims. [A.R., vol. II, p. 138]

[9] Facebook brought a preliminary motion to stay Ms. Douez’s action on the basis of this forum selection clause. Alternatively, it argued that the action should be stayed because British Columbia is *forum non conveniens* under s. 11 of the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28 (“*CJPTA*”). In our Court, however, Facebook focused its submissions exclusively on the forum selection clause and did not argue that British Columbia is *forum non conveniens*.

### III. Decisions Below

A. *Supreme Court of British Columbia (Griffin J.)*, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254

[10] The chambers judge declined to enforce the forum selection clause. Although she found it to be *prima facie* valid, clear and enforceable, she held that s. 4 of the *Privacy Act* overrides forum

M<sup>me</sup> Douez demande par ailleurs la certification d’un recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. Le groupe projeté englobe tous les résidents de la Colombie-Britannique dont le nom ou la photo a été utilisé dans une actualité sponsorisée. On estime à 1,8 million le nombre de ces personnes.

[8] Chacun est libre d’adhérer à Facebook et de l’utiliser, mais tous les utilisateurs potentiels — y compris M<sup>me</sup> Douez — doivent alors accepter ses conditions d’utilisation. Au nombre de ces conditions figure la clause d’élection de for et de désignation du droit applicable, qui stipule que tout différend doit être tranché en Californie selon le droit de cet État :

[TRANSCRIPTION] Vous porterez toute plainte, action en justice ou contestation (« action ») contre nous afférente à cette Déclaration ou à Facebook, exclusivement devant un tribunal d’État ou un tribunal fédéral du comté de Santa Clara. Le droit de l’État de Californie régit cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois. Vous acceptez de respecter la compétence de ces tribunaux dans le cadre de telles actions. [d.a., vol. II, p. 138]

[9] Au stade préliminaire, Facebook a demandé la suspension de l’action de M<sup>me</sup> Douez en invoquant cette clause d’élection de for. Elle a fait valoir à titre subsidiaire que la Colombie-Britannique est un *forum non conveniens* au sens de l’art. 11 de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28 (« *CJPTA* »). Devant notre Cour, Facebook s’en tient toutefois à la clause d’élection de for et elle ne soutient plus que la Colombie-Britannique est un *forum non conveniens*.

### III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, la juge Griffin*, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254

[10] La juge de première instance refuse de donner effet à la clause d’élection de for. Elle conclut que la clause est à première vue valide, claire et exécutoire, mais elle estime que l’art. 4 de la *Privacy*

selection clauses and provides a strong public policy not to enforce them. In her view, the British Columbia Supreme Court has exclusive jurisdiction under s. 4 to hear actions under the Act. As a result, she concluded that the plaintiff would be unable to bring her claim elsewhere if the claim was stayed.

[11] While the chambers judge's findings on s. 4 were sufficient to resolve the motion, she also found that there was strong cause not to enforce the forum selection clause. Enforcing it would, in her view, exclude Facebook from liability because only the British Columbia Supreme Court had jurisdiction over the matter. Ms. Douez did not need to prove California courts would refuse to hear her claim. In addition, she found that the jurisdiction clause and purposes of the *Privacy Act* provide strong public policy reasons supporting a finding of strong cause.

[12] Lastly, the chambers judge concluded on the basis of the factors in s. 11 of the *CJPTA* that the courts of California would not be more appropriate than the courts of British Columbia to hear the action. She found that it would be more convenient to hear the matter in British Columbia than in California. Thus, the chambers judge refused Facebook's request to stay the proceeding.

B. *Court of Appeal for British Columbia (Bauman C.J. and Lowry and Goepel J.J.A.), 2015 BCCA 279, 77 B.C.L.R. (5th) 116*

[13] The Court of Appeal reversed the decision of the chambers judge and ordered that the action be stayed on the basis of Facebook's forum selection clause. It confirmed that the analysis of forum selection clauses is distinct from the analysis of the appropriate forum under s. 11 of the *CJPTA*.

[14] The Court of Appeal concluded that the chambers judge erred in her interpretation of s. 4 of the *Privacy Act*. In its view, the chambers judge failed to give effect to the principle of territoriality, under which provincial legislation cannot regulate

*Act* l'emporte sur la clause d'élection de for et qu'il fournit des motifs sérieux relevant de l'intérêt public de ne pas l'appliquer. À son avis, l'art. 4 confère à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une compétence exclusive pour connaître d'une action intentée sous le régime de la Loi. Elle conclut donc que la demanderesse ne pourrait saisir une autre juridiction s'il y avait suspension.

[11] Même si ses conclusions sur l'art. 4 sont suffisantes pour statuer sur la requête, la juge de première instance conclut également qu'il y a des motifs sérieux de ne pas appliquer la clause d'élection de for. À son avis, donner effet à cette clause exonérerait Facebook de toute responsabilité, car seule la Cour suprême de la Colombie-Britannique peut connaître de l'affaire. M<sup>me</sup> Douez n'a pas à prouver que les tribunaux californiens refuseraient d'entendre sa demande. Elle conclut en outre que la clause attributive de compétence et l'objet de la *Privacy Act* sont des justifications relevant de l'intérêt public qui militent en faveur de l'existence de motifs sérieux.

[12] Enfin, la juge conclut après examen des circonstances énumérées à l'art. 11 de la *CJPTA* qu'il n'est pas plus approprié qu'un tribunal de la Californie entende l'affaire plutôt qu'un tribunal de la Colombie-Britannique. Elle estime qu'il serait plus commode que l'instance se déroule en Colombie-Britannique qu'en Californie. Elle rejette donc la demande de suspension de Facebook.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge en chef Bauman et les juges Lowry et Goepel, 2015 BCCA 279, 77 B.C.L.R. (5th) 116*

[13] La Cour d'appel infirme la décision de première instance et ordonne la suspension de l'instance sur le fondement de la clause d'élection de for. Elle confirme que l'analyse d'une clause d'élection de for se distingue de celle du tribunal approprié suivant l'art. 11 de la *CJPTA*.

[14] La Cour d'appel conclut que la juge de première instance interprète erronément l'art. 4 de la *Privacy Act*. À son avis, elle omet de donner effet au principe de territorialité, lequel veut qu'une loi provinciale ne puisse régir les droits civils dans un

civil rights in another jurisdiction. Section 4 concerns subject-matter competence, not territorial competence, and therefore it only confers jurisdiction to the Supreme Court of British Columbia to the exclusion of other courts in British Columbia. Had the legislature wanted to override forum selection clauses, it would have done so explicitly.

[15] The Court of Appeal held that the forum selection clause was enforceable, and that Ms. Douez had failed to show strong cause. In finding strong cause, the chambers judge's analysis was tainted by her erroneous interpretation of s. 4 of the *Privacy Act*. The fact that a stay would extinguish a claim might provide strong cause, but Ms. Douez failed to provide evidence establishing that this would be the case here. Since the clause should be enforced, the Court of Appeal did not consider s. 11 of the *CJPTA*.

#### IV. Issues

[16] Facebook does not dispute that British Columbia courts have territorial jurisdiction. The main issue is whether Ms. Douez's action should be stayed on the basis of the forum selection clause contained in its terms of use. The parties also disagree on whether the analysis of forum selection clauses should be subsumed under s. 11 of the *CJPTA*, or whether they are distinct concepts.

#### V. Analysis

[17] As we shall explain, the *forum non conveniens* test adopted in the *CJPTA* was not intended to replace the common law test for forum selection clauses. In our view, this case should be resolved under the strong cause analysis established by this Court in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450.

autre ressort. L'article 4 vise la compétence matérielle, non la compétence territoriale, et il confère donc seulement compétence à la Cour suprême de la Colombie-Britannique à l'exclusion de tout autre tribunal de la province. Si le législateur avait voulu écarter les clauses d'élection de for, il l'aurait fait explicitement.

[15] La Cour d'appel statue que la clause d'élection de for est exécutoire et que M<sup>me</sup> Douez n'a pas démontré l'existence de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. Selon la cour, l'interprétation erronée de l'art. 4 de la *Privacy Act* entache l'analyse de la juge de première instance et l'amène à conclure à tort à l'existence de motifs sérieux. L'extinction du droit d'action consécutive à la suspension de l'instance aurait pu constituer un motif sérieux, mais M<sup>me</sup> Douez n'a pas soumis d'éléments de preuve en ce sens. Vu sa conclusion selon laquelle la clause doit être appliquée, la Cour d'appel n'examine pas l'art. 11 de la *CJPTA*.

#### IV. Questions en litige

[16] Facebook ne conteste pas la compétence territoriale des tribunaux de la Colombie-Britannique. La principale question en litige est celle de savoir s'il y a lieu de suspendre l'action de M<sup>me</sup> Douez en raison de la clause d'élection de for que renferment les conditions d'utilisation de Facebook. Les parties ne s'entendent pas non plus sur la question de savoir si l'analyse que commande la clause d'élection de for devrait être assimilée ou non à celle que commande l'art. 11 de la *CJPTA*, ou si les concepts sous-jacents sont distincts.

#### V. Analyse

[17] Comme nous l'expliquons plus loin, le test du *forum non conveniens* adopté dans la *CJPTA* n'a pas été conçu pour remplacer le test de common law applicable aux clauses d'élection de for. À notre avis, il convient de statuer en l'espèce en recourant à l'analyse des motifs sérieux préconisée par notre Cour dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450.

A. *The Interaction Between Forum Selection Clauses and the CJPTA*

[18] At common law, forum selection clauses and the *forum non conveniens* doctrine command different analyses: “Each class of case has its own onus, test and rationale” (*Momentous.ca Corp. v. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd.*, 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467, at para. 37, aff’d 2012 SCC 9, [2012] 1 S.C.R. 359). Our Court has confirmed that “the presence of a forum selection clause” is “sufficiently important to warrant a different test”, and that “a unified approach to *forum non conveniens*, where a choice of jurisdiction clause constitutes but one factor to be considered” may not be preferable (*Pompey*, at para. 21).

[19] Ms. Douez argues that the *CJPTA* provides a complete framework to determine the court’s jurisdiction, and that forum selection clauses should be considered as another factor within the *forum non conveniens* analysis under s. 11.

[20] In our view, the courts below rightly rejected Ms. Douez’s proposed approach. Section 11 of the *CJPTA* “constitutes a complete codification of the common law test for *forum non conveniens* [that] admits of no exceptions” (*Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd’s Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321, at para. 22 (emphasis added)). It was never intended to codify the test for forum selection clauses. Not only does s. 11 make no mention of contractual stipulations, the comments on the uniform act that served as a basis for the *CJPTA* are also silent on this point (Uniform Law Conference of Canada, *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (online)). The analysis of forum selection clauses thus remains separate, despite the enactment of the *CJPTA*.

[21] Several Canadian provinces have adopted their own *CJPTA*, with identical or similar provisions.

A. *Interaction entre les clauses d’élection de for et la CJPTA*

[18] En common law, les clauses d’élection de for et la doctrine du *forum non conveniens* commandent des analyses différentes : [TRADUCTION] « À chacune correspond un fardeau de preuve, un test et un impératif propres » (*Momentous.ca Corp. c. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd.*, 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467, par. 37, conf. par 2012 CSC 9, [2012] 1 R.C.S. 359). Notre Cour a confirmé que « l’existence d’une clause d’élection de for suffit [. . .] à justifier l’application d’un critère différent » et elle a ajouté ne pas être convaincue « qu’il serait préférable d’adopter, relativement au *forum non conveniens*, une démarche unique qui considérerait l’existence d’une clause attributive de compétence simplement comme un facteur parmi d’autres » (*Pompey*, par. 21).

[19] M<sup>me</sup> Douez soutient que la *CJPTA* offre un cadre complet pour décider de la compétence du tribunal et que l’existence d’une clause d’élection de for ne devrait constituer qu’un facteur parmi d’autres dans l’analyse que commande la doctrine du *forum non conveniens* suivant l’art. 11.

[20] À notre avis, c’est à bon droit que les juridictions inférieures écartent la démarche préconisée par M<sup>me</sup> Douez. L’article 11 de la *CJPTA* « codifie [. . .] entièrement la règle du *forum non conveniens* de la common law [et] n’admet aucune exception » (*Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd’s Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321, par. 22 (nous soulignons)). Il n’a pas pour but de codifier le test applicable aux clauses d’élection de for. Non seulement l’art. 11 ne fait aucune mention des stipulations contractuelles, mais les commentaires sur la loi uniforme dont le législateur s’est inspiré pour concevoir la *CJPTA* sont également muets sur ce point (Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada, *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (en ligne)). L’analyse que commandent les clauses d’élection de for demeure distincte malgré l’adoption de la *CJPTA*.

[21] Plusieurs provinces canadiennes ont adopté une loi similaire à la *CJPTA*, avec des dispositions



Their appellate courts have consistently held that the analysis of forum selection clauses remains distinct (see e.g. *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570, at para. 14; *Armoyan v. Armoyan*, 2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204, at para. 218). Even the Court of Appeal of Saskatchewan, which held that forum selection clauses should be considered as part of the *CJPTA* analysis, held that “*Pompey* continues to apply notwithstanding [its] enactment” (*Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146, at para. 10; see also *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156, at paras. 112-14).

[22] In short, the *CJPTA* was never intended to replace the common law test for forum selection clauses. In the absence of legislation to the contrary, the common law test continues to apply and provides the analytical framework for this case.

#### B. *The Forum Selection Clause at Common Law: Pompey*

[23] We turn next to the common law test for forum selection clauses adopted by this Court in *Pompey*, and to how we propose to apply it in a consumer context.

[24] Forum selection clauses serve a valuable purpose. This Court has recognized that they “are generally to be encouraged by the courts as they create certainty and security in transaction, derivatives of order and fairness, which are critical components of private international law” (*Pompey*, at para. 20). Forum selection clauses are commonly used and regularly enforced.

[25] That said, forum selection clauses divert public adjudication of matters out of the provinces, and court adjudication in each province is a public good. Courts are not merely “law-making and applying venues”; they are institutions of “public norm generation and legitimation, which guide the formation and understanding of relationships

identiques ou apparentées. Leurs cours d’appel ont systématiquement statué que l’analyse relative aux clauses d’élection de for demeurerait distincte (voir p. ex. les arrêts *Viroforce Systems Inc. c. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570, par. 14, et *Armoyan c. Armoyan*, 2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204, par. 218). Même la Cour d’appel de la Saskatchewan, qui a estimé qu’une clause d’élection de for devait faire l’objet de l’analyse prévue dans la *CJPTA*, a jugé que [TRADUCTION] « l’arrêt *Pompey* continue de s’appliquer malgré l’adoption de cette loi » (*Hudye Farms Inc. c. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146, par. 10; voir aussi *Frey c. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156, par. 112-114).

[22] Bref, le législateur n’a jamais voulu que la *CJPTA* remplace le test de common law applicable aux clauses d’élection de for. Faute de dispositions à l’effet contraire, le test de common law continue de s’appliquer et offre le cadre d’analyse applicable en l’espèce.

#### B. *La clause d’élection de for en common law : l’arrêt Pompey*

[23] Nous passons maintenant au test de common law applicable à la clause d’élection de for que la Cour adopte dans l’arrêt *Pompey* et à la manière dont il convient de l’appliquer selon nous à un contrat de consommation.

[24] La raison d’être des clauses d’élection de for est louable. Notre Cour reconnaît que « [l]es tribunaux doivent généralement leur faire bon accueil, car elles confèrent aux opérations la certitude et la sûreté dérivées des principes fondamentaux du droit international privé que sont l’ordre et l’équité » (*Pompey*, par. 20). Les clauses d’élection de for sont d’usage courant et on leur donne couramment effet.

[25] Cela dit, les clauses d’élection de for ont pour effet de soustraire un litige à la fonction juridictionnelle des tribunaux d’une province, alors que l’exercice de cette fonction juridictionnelle dans chaque province sert le bien commun. Les cours de justice ne sont pas que des organes appelés à [TRADUCTION] « dire le droit et à l’appliquer »; ce

in pluralistic and democratic societies” (T. C. W. Farrow, *Civil Justice, Privatization, and Democracy* (2014), at p. 41). Everyone has a right to bring claims before the courts, and these courts have an obligation to hear and determine these matters.

[26] Thus, forum selection clauses do not just affect the parties to the contract. They implicate the court as well, and with it, the court’s obligation to hear matters that are properly before it. In this way, forum selection clauses are a “unique category of contracts” (M. Pavlović, “Contracting out of Access to Justice: Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts” (2016), 62 *McGill L.J.* 389, at p. 396).

[27] Of course, parties are generally held to their bargain and are bound by the enforceable terms of their contract. However, because forum selection clauses encroach on the public sphere of adjudication, Canadian courts do not simply enforce them like any other clause. In common law provinces, a forum selection clause cannot bind a court or interfere with a court’s jurisdiction. As the English Court of Appeal recognized long ago, “no one by his private stipulation can oust these courts of their jurisdiction in a matter that properly belongs to them” (*The Fehmarn*, [1958] 1 All E.R. 333, at p. 335).

[28] Instead, where no legislation overrides the clause, courts apply a two-step approach to determine whether to enforce a forum selection clause and stay an action brought contrary to it (*Pompey*, at para. 39). At the first step, the party seeking a stay based on the forum selection clause must establish that the clause is “valid, clear and enforceable and that it applies to the cause of action before the court” (*Preymann v. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391, at para. 43;

sont des institutions « dont la mission est de créer et de consacrer des normes publiques qui encadrent l’établissement et la perception des rapports dans des sociétés pluralistes et démocratiques » (T. C. W. Farrow, *Civil Justice, Privatization, and Democracy* (2014), p. 41). Toute personne a le droit de saisir une cour de justice, et celle-ci a l’obligation de connaître de sa demande.

[26] Les clauses d’élection de for ne touchent donc pas seulement les parties au contrat, mais aussi le tribunal et, de ce fait, elles font intervenir l’obligation du tribunal de trancher une question dont il est régulièrement saisi. Dans cette optique, les clauses d’élection de for constituent un [TRADUCTION] « type de contrat unique en son genre » (M. Pavlović, « Contracting out of Access to Justice : Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts » (2016), 62 *R.D. McGill* 389, p. 396).

[27] Évidemment, la règle générale veut que les parties soient tenues de respecter leurs engagements et soient liées par les clauses exécutoires de leur contrat. Mais comme les clauses d’élection de for empiètent sur la fonction juridictionnelle de l’autorité judiciaire publique, les tribunaux canadiens ne se contentent pas de les appliquer comme n’importe quelles autres clauses. Dans les provinces de common law, une clause d’élection de for ne peut lier le tribunal ou empiéter sur sa compétence. La Cour d’appel d’Angleterre le reconnaît depuis longtemps : [TRADUCTION] « nul ne peut, par contrat privé, écarter le pouvoir d’un tribunal de statuer dans une affaire qui relève bel et bien de sa compétence » (*The Fehmarn*, [1958] 1 All E.R. 333, p. 335).

[28] Lorsqu’aucune loi n’a préséance sur la clause d’élection de for, le tribunal entreprend plutôt une démarche en deux étapes pour décider s’il doit ou non donner effet à la clause et suspendre l’action intentée malgré l’existence de celle-ci (*Pompey*, par. 39). À la première étape, la partie qui demande la suspension en invoquant la clause d’élection de for doit établir que la clause est [TRADUCTION] « valide, claire et exécutoire et s’applique à la cause d’action dont le tribunal est saisi »

see also *Hudye Farms*, at para. 12, and *Pompey*, at para. 39). At this step of the analysis, the court applies the principles of contract law to determine the validity of the forum selection clause. As with any contract claim, the plaintiff may resist the enforceability of the contract by raising defences such as, for example, unconscionability, undue influence, and fraud.

[29] Once the party seeking the stay establishes the validity of the forum selection clause, the onus shifts to the plaintiff. At this second step of the test, the plaintiff must show strong reasons why the court should not enforce the forum selection clause and stay the action. In *Pompey*, this Court adopted the “strong cause” test from the English court’s decision in *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.). In exercising its discretion at this step of the analysis, a court must consider “all the circumstances”, including the “convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice” (*Pompey*, at paras. 19 and 30-31). Public policy may also be a relevant factor at this step (*Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, 2001 SCC 90, [2001] 3 S.C.R. 907, at para. 91, referred to in *Pompey*, at para. 39; *Frey*, at para. 115).

[30] The strong cause factors were meant to provide some flexibility. Importantly, *Pompey* did not set out a closed list of factors governing the court’s discretion to decline to enforce a forum selection clause. Both *Pompey* and *The “Eleftheria”* acknowledged that courts should consider “all the circumstances” of the particular case (*Pompey*, at para. 30; *The “Eleftheria”*, at p. 242). And the leading authority in England continues to recognize that the court in *The “Eleftheria”* did not intend its list of factors to be comprehensive (*Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749, at para. 24).

(*Preymann c. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391, par. 43; voir également *Hudye Farms*, par. 12, et *Pompey*, par. 39). À cette étape de la démarche, le tribunal applique les principes du droit des contrats pour décider de la validité de la clause d’élection de for. Comme pour toute demande fondée sur un contrat, le demandeur peut contester le caractère exécutoire du contrat en invoquant des moyens de défense tels que, par exemple, le caractère inique, l’influence indue et la fraude.

[29] Dès lors que la partie qui demande la suspension établit la validité de la clause d’élection de for, le fardeau de preuve devient celui du demandeur. À cette seconde étape, le demandeur doit démontrer l’existence de motifs sérieux pour lesquels le tribunal ne devrait pas donner effet à la clause d’élection de for et suspendre l’action. Dans *Pompey*, notre Cour fait sien le critère des « motifs sérieux » énoncé par une cour d’Angleterre dans *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.). Le tribunal qui exerce alors son pouvoir discrétionnaire doit prendre en considération « toutes les circonstances de l’espèce », y compris « les inconvénients pour les parties, l’équité entre les parties et l’intérêt de la justice » (*Pompey*, par. 19 et 30-31). L’intérêt public peut aussi être pris en compte à cette étape de la démarche (*Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, 2001 CSC 90, [2001] 3 R.C.S. 907, par. 91, cité dans *Pompey*, par. 39; *Frey*, par. 115).

[30] Les considérations qui guident l’application du critère des motifs sérieux sont censées assurer une certaine souplesse. Mais surtout, dans l’arrêt *Pompey*, la Cour n’établit pas une liste exhaustive des éléments qui permettent au tribunal de refuser de donner effet à une clause d’élection de for dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Tant notre Cour dans *Pompey* que la cour anglaise dans *The « Eleftheria »* reconnaissent que les tribunaux doivent tenir compte de « toutes les circonstances » de l’affaire considérée (*Pompey*, par. 30; *The « Eleftheria »*, p. 242). L’arrêt de principe en Angleterre reconnaît toujours que, dans *The « Eleftheria »*, la cour n’a pas voulu que sa liste d’éléments à considérer soit exhaustive (*Donohue c. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749, par. 24).

[31] That said, the strong cause factors have been interpreted and applied restrictively in the commercial context. In commercial interactions, it will usually be desirable for parties to determine at the outset of a business relationship where disputes will be settled. Sophisticated parties are justifiably “deemed to have informed themselves about the risks of foreign legal systems and are deemed to have accepted those risks in agreeing to a forum selection clause” (*Aldo Group Inc. v. Moneris Solutions Corp.*, 2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81, at para. 47). In this setting, our Court recognized that forum selection clauses are generally enforced and to be encouraged “because they provide international commercial relations with the stability and foreseeability required for purposes of the critical components of private international law, namely order and fairness” (*GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 22).

[32] In *Pompey*, for example, our Court enforced a forum selection clause contained in a bill of lading concluded between two sophisticated shipping companies. The parties were of similar bargaining power and sophistication, since they were “corporations with significant experience in international maritime commerce. . . . [that] were aware of industry practices” (para. 29). The Court held that the “forum selection clause could very well have been negotiated” between the parties (*ibid.*). This context manifestly informed the Court’s application of the strong cause test.

[33] But commercial and consumer relationships are very different. Irrespective of the formal validity of the contract, the consumer context may provide strong reasons not to enforce forum selection clauses. For example, the unequal bargaining power of the parties and the rights that a consumer relinquishes under the contract, without any opportunity to negotiate, may provide compelling reasons for a court to exercise its discretion to deny a stay of proceedings, depending on the other circumstances of the case (see e.g. *Straus v. Decaire*, 2007 ONCA 854, at para. 5 (CanLII)). And as one

[31] Cela dit, les considérations liées à l’existence de motifs sérieux ont été interprétées et appliquées de manière restrictive dans le domaine commercial. Dans les échanges commerciaux, il est habituellement souhaitable que les parties déterminent dès le début de leurs relations d’affaires le ressort dans lequel sera tranché tout différend éventuel. C’est à bon droit qu’une partie avertie [TRADUCTION] « est réputée s’être informée du risque associé à un système juridique étranger et accepter ce risque lorsqu’elle convient d’une clause d’élection de for » (*Aldo Group Inc. c. Moneris Solutions Corp.*, 2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81, par. 47). Notre Cour reconnaît que, dans ce contexte, les clauses d’élection de for sont généralement appliquées et que les tribunaux doivent leur faire bon accueil « car elles confèrent aux opérations commerciales internationales la stabilité et la prévisibilité que commandent les principes fondamentaux du droit international privé que sont l’ordre et l’équité » (*GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 22).

[32] Dans *Pompey*, par exemple, notre Cour donne effet à la clause d’élection de for d’un connaissement liant deux entreprises de transport maritime averties. Les parties jouissaient d’un pouvoir de négociation équivalent et étaient toutes deux averties puisqu’il s’agissait de « sociétés qui [avaient] une grande expérience du commerce maritime international [et qui étaient] au fait des pratiques dans ce secteur d’activité » (par. 29). La Cour statue que la « clause d’élection de for aurait très bien pu être négociée » par les parties (*ibid.*). Cette considération influence clairement l’application par la Cour du critère des motifs sérieux.

[33] Il y a toutefois une grande différence entre rapports commerciaux et rapports de consommation. Indépendamment de la validité formelle du contrat, le fait qu’il s’agit d’un contrat de consommation peut offrir des motifs sérieux de refuser de donner effet à une clause d’élection de for. À titre d’exemple, l’inégalité du pouvoir de négociation des parties et les droits auxquels le consommateur renonce dans le contrat sans avoir la possibilité d’en discuter peuvent offrir au tribunal des raisons convaincantes d’exercer son pouvoir discrétionnaire et de refuser de suspendre l’instance,

of the interveners argues, instead of supporting certainty and security, forum selection clauses in consumer contracts may do “the opposite for the millions of ordinary people who would not foresee or expect its implications and cannot be deemed to have undertaken sophisticated analysis of foreign legal systems prior to opening an online account” (Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic Factum, at para. 7).

[34] Canadian courts have recognized that the test may apply differently, depending on the contractual context (see *Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241, at para. 24; *Stubbs v. ATS Applied Tech Systems Inc.*, 2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386, at para. 58). The English courts have also recognized that not all forum selection clauses are created equally. The underpinning of the transaction is relevant to the exercise of discretion under the strong cause test: “. . . a defendant who cynically flouts a jurisdiction clause which he has freely negotiated is more likely to be enjoined than one who has had the clause imposed upon him . . .” (*Welex A.G. v. Rosa Maritime Limited (The “Epsilon Rosa”)*, [2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 Lloyd’s Rep. 509, at para. 48; see also *The “Bergen” (No. 2)*, [1997] 2 Lloyd’s Rep. 710 (Q.B. (Adm. Ct.)), at p. 715; D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (2nd ed. 2010), at para. 10.13). Similarly, Australian courts have found “that in a consumer situation [courts] should not place as much weight on an exclusive jurisdiction clause in determining a stay application as would be placed on such a clause where there was negotiation between business people” (*Quinlan v. Safe International Försäkrings AB*, [2005] FCA 1362, at para. 46 (AustLII); see also *Incitec Ltd. v. Alkimos Shipping Corp.*, [2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558, at para. 50).

selon les autres circonstances du dossier (voir p. ex. *Straus c. Decaire*, 2007 ONCA 854, par. 5 (CanLII)). Et comme le fait valoir un intervenant, au lieu de favoriser la stabilité et la prévisibilité, la clause d’élection de for d’un contrat de consommation peut faire [TRADUCTION] « le contraire pour des millions de gens ordinaires qui ne prévoient pas ses conséquences ou ne s’y attendent pas et qui ne peuvent être réputés s’être livrés à une analyse pointue du système juridique étranger avant d’ouvrir un compte en ligne » (mémoire de la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko, par. 7).

[34] Les tribunaux canadiens reconnaissent que le critère peut s’appliquer différemment, selon le contexte contractuel (voir *Expedition Helicopters Inc. c. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241, par. 24, *Stubbs c. ATS Applied Tech Systems Inc.*, 2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386, par. 58). Les tribunaux anglais admettent eux aussi que les clauses d’élection de for n’ont pas toutes la même valeur. Le tribunal doit tenir compte des dessous de l’opération lorsqu’il exerce son pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l’application du critère des motifs sérieux : [TRADUCTION] « . . . le défendeur qui bafoue effrontément une clause attributive de compétence à laquelle il a librement consenti risque davantage d’être contraint de la respecter que celui à qui une telle clause a été imposée . . . » (*Welex A.G. c. Rosa Maritime Limited (The « Epsilon Rosa »)*, [2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 Lloyd’s Rep. 509, par. 48; voir aussi *The « Bergen » (No. 2)*, [1997] 2 Lloyd’s Rep. 710 (Q.B. (Adm. Ct.)), p. 715; D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (2<sup>e</sup> éd. 2010), par. 10.13). Dans la même veine, les tribunaux australiens estiment [TRADUCTION] « que s’agissant d’un contrat de consommation, ils ne doivent pas, lorsqu’ils sont saisis d’une demande de suspension, accorder autant d’importance à la clause attributive de compétence exclusive qui y figure qu’à celle qui est le fruit d’une négociation entre gens d’affaires » (*Quinlan c. Safe International Försäkrings AB*, [2005] FCA 1362, par. 46 (AustLII); voir également *Incitec Ltd. c. Alkimos Shipping Corp.*, [2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558, par. 50).

[35] As these cases recognize, different concerns animate the consumer context than those that this Court considered in *Pompey*, where a sophisticated commercial transaction was at issue. Because of these concerns, we agree with Ms. Douez and several interveners that the strong cause test must account for the different considerations relevant to this context.

[36] In our view, recognizing the importance of factors beyond those specifically listed in *The “Eleftheria”* is an appropriate incremental response of the common law to a different context (*Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at paras. 33-34 and 40). Such a development is especially important since online consumer contracts are ubiquitous, and the global reach of the Internet allows for instantaneous cross-border consumer transactions. It is necessary to keep private international law “in step with the dynamic and evolving fabric of our society” (*R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670).

[37] After all, the strong cause test must ensure that a court’s plenary jurisdiction only yields to private contracts where appropriate. A superior court’s general jurisdiction includes “all the powers that are necessary to do justice between the parties” (*80 Wellesley St. East Ltd. v. Fundy Bay Builders Ltd.*, [1972] 2 O.R. 280 (C.A.), at p. 282; *TCR Holding Corp. v. Ontario*, 2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175, at para. 26; *Kelly v. Human Rights Commission (P.E.I.)*, 2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336, at para. 8).

[38] Therefore, we would modify the *Pompey* strong cause factors in the consumer context. When considering whether it is reasonable and just to enforce an otherwise binding forum selection clause in a consumer contract, courts should take account of all the circumstances of the particular case, including public policy considerations relating to the gross inequality of bargaining power between the parties and the nature of the rights at stake. The burden

[35] Comme le reconnaissent ces décisions, un contrat de consommation soulève des préoccupations différentes de celles considérées par notre Cour dans l’arrêt *Pompey*, lequel porte sur une opération commerciale conclue par des parties averties. Au vu de ces préoccupations, nous convenons avec M<sup>me</sup> Douez et plusieurs intervenants que des éléments différents doivent être pris en compte dans l’application du critère des motifs sérieux.

[36] Nous estimons que reconnaître l’importance d’autres éléments que ceux expressément énumérés dans l’arrêt *The « Eleftheria »* constitue une adaptation progressive de la common law à une situation différente (*Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 33-34 et 40). Pareille évolution importe particulièrement dans la mesure où les contrats de consommation conclus en ligne sont légion et où la portée mondiale d’Internet permet la conclusion instantanée d’opérations transfrontalières avec des consommateurs. Il est nécessaire de faire en sorte que le droit international privé « suive l’évolution et le dynamisme de la société » (*R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670).

[37] Après tout, le critère des motifs sérieux doit faire en sorte que la compétence plénière d’une cour de justice ne cède le pas à un contrat privé que dans les cas appropriés. La compétence générale d’une cour supérieure lui confère [TRADUCTION] « tous les pouvoirs nécessaires pour rendre justice entre les parties » (*80 Wellesley St. East Ltd. c. Fundy Bay Builders Ltd.*, [1972] 2 O.R. 280 (C.A.), p. 282; *TCR Holding Corp. c. Ontario*, 2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175, par. 26; *Kelly c. Human Rights Commission (P.E.I.)*, 2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336, par. 8).

[38] C’est pourquoi nous sommes enclins à modifier le critère des motifs sérieux de l’arrêt *Pompey* lorsqu’il s’applique à un contrat de consommation. Pour décider s’il est juste et raisonnable de donner effet à une clause d’élection de for par ailleurs contraignante d’un contrat de consommation, le tribunal devrait tenir compte de toutes les circonstances de l’affaire, y compris les considérations d’intérêt public touchant l’inégalité flagrante

remains on the party wishing to avoid the clause to establish strong cause.

[39] Although the steps are distinct, some considerations may be relevant to both steps of the test. For example, a court may consider gross inequality of bargaining power at the second step of the analysis, even if the circumstances of the bargain do not render the contract unconscionable at the first step. Taking into account the fact that the parties did not negotiate on an even playing field recognizes that the reasons for holding parties to their bargain carry less weight when there is no opportunity to negotiate a forum selection clause. This is not to say that the gross inequality of bargaining power will be sufficient, on its own, to show strong cause. However, it is a relevant circumstance that may be taken into account in the analysis.

[40] The two steps governing the enforcement of forum selection clauses ultimately play conceptually distinct roles. Professor Pavlović explains that at the first step, where the court determines the validity of the forum selection clause, “[c]ontract rules provide a core legal basis for the enforcement of jurisdiction agreements” (p. 402). On the other hand, the strong cause test at the second step “limits contractual autonomy in order to protect the authority (jurisdiction) of otherwise competent courts” (*ibid.*). This second step recognizes that there may be strong reasons to retain jurisdiction over a matter in the province.

### C. Application

#### (1) Section 4 of the Privacy Act

[41] As this Court recognized in *Pompey*, legislative provisions can override forum selection clauses. In the present case, the chambers judge found that s. 4 of the *Privacy Act* had overtaken the forum selection clause in conferring exclusive jurisdiction

du pouvoir de négociation des parties et la nature des droits en jeu. Il incombe toujours à la partie qui entend se soustraire à l’application de la clause de faire la preuve de motifs sérieux.

[39] Les deux étapes de l’application du test sont certes distinctes, mais certaines considérations demeurent pertinentes à chacune d’elles. À titre d’exemple, le tribunal peut tenir compte de l’inégalité flagrante du pouvoir de négociation à la seconde étape même lorsque les circonstances propres à l’entente ne rendent pas le contrat inique à la première étape. Tenir compte du fait que les parties n’ont pas négocié sur un pied d’égalité reconnaît que les raisons pour lesquelles les parties doivent être tenues de respecter leurs engagements importent moins en l’absence de toute possibilité de négocier la clause d’élection de for. Pour autant, l’inégalité flagrante du pouvoir de négociation n’établit pas à elle seule l’existence de motifs sérieux, mais il s’agit d’un élément pertinent à considérer dans l’analyse.

[40] Les deux étapes de l’analyse qui permet de décider du caractère exécutoire des clauses d’élection de for ont en fin de compte des fonctions distinctes sur le plan conceptuel. La professeure Pavlović explique que, à la première étape, lorsque le tribunal décide de la validité de la clause d’élection de for, [TRADUCTION] « [l]es règles contractuelles offrent un cadre juridique fondamental pour l’application d’une entente portant sur la compétence » (p. 402). En revanche, à la seconde étape, le critère des motifs sérieux « limite la liberté contractuelle de manière à protéger le pouvoir (la compétence) d’un tribunal par ailleurs compétent » (*ibid.*). La seconde étape reconnaît qu’il peut exister des motifs sérieux de maintenir le pouvoir des tribunaux de la province de trancher une question.

### C. Application

#### (1) L’article 4 de la Privacy Act

[41] Notre Cour reconnaît dans *Pompey* qu’une disposition législative peut prévaloir sur une clause d’élection de for. Dans la présente affaire, la juge de première instance conclut que l’art. 4 de la *Privacy Act* supplante la clause d’élection de for en conférant

to the Supreme Court of British Columbia. We disagree.

[42] Section 4 reads as follows:

4 Despite anything contained in another Act, an action under this Act must be heard and determined by the Supreme Court [of British Columbia].

[43] Section 4 lacks the clear and specific language that legislatures normally use to override forum selection clauses. This Court referred to such overrides on at least two occasions. First, it found an override in s. 46(1) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, which specifically mentions and sets aside contracts that purport to provide for the adjudication of claims in another forum (*Pompey*, at paras. 37-38). Second, it found that the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, was intended to override arbitration clauses (*Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531, at paras. 5-7 and 31). Section 3 of that enactment specifically prevents consumers from contractually waiving their rights under the statute.

[44] In contrast, although s. 4 of the *Privacy Act* expressly provides that it applies “[d]espite anything contained in another Act”, it is silent on contractual provisions. If the legislature had intended to override forum selection clauses, it would have done so explicitly. While the legislature intended s. 4 of the *Privacy Act* to confer jurisdiction to the British Columbia Supreme Court to resolve matters brought under the Act, nothing suggests that it was also intended to override forum selection clauses.

## (2) The Pompey Test

[45] As discussed above, the *Pompey* test involves a two-step analysis. At the first step, the court must be satisfied that the contract is otherwise enforceable, having regard to general principles of contract law.

une compétence exclusive à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Ce n’est pas notre avis.

[42] L’article 4 est libellé comme suit :

[TRADUCTION]

4 Malgré les dispositions de toute autre loi, la Cour suprême [de la Colombie-Britannique] connaît de toute action fondée sur la présente loi.

[43] On ne trouve pas à l’art. 4 le libellé clair et explicite qu’emploie habituellement le législateur pour écarter une clause d’élection de for. Notre Cour a relevé l’existence d’une telle préséance législative dans au moins deux cas. D’abord au par. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, c. 6, lequel mentionne et écarte expressément les contrats qui prévoient le renvoi d’une créance à un tribunal étranger (*Pompey*, par. 37-38). En second lieu, notre Cour a statué que la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, est censée avoir préséance sur une clause d’arbitrage (*Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531, par. 5-7 et 31). L’article 3 de cette loi empêche expressément le consommateur de renoncer par contrat aux droits que lui confère la loi.

[44] En revanche, bien que l’art. 4 de la *Privacy Act* prévoie expressément qu’il s’applique [TRADUCTION] « [m]algré les dispositions de toute autre loi », il ne fait pas mention des stipulations contractuelles. Si le législateur avait voulu écarter les clauses d’élection de for, il l’aurait fait explicitement. Même s’il souhaitait que l’art. 4 de la *Privacy Act* confère à la Cour suprême de la Colombie-Britannique la compétence pour statuer sur les demandes présentées sous le régime de la Loi, rien ne permet de penser qu’il souhaitait aussi que la disposition ait préséance sur les clauses d’élection de for.

## (2) Le test de l’arrêt Pompey

[45] Nous avons vu que l’application du test de l’arrêt *Pompey* comporte deux étapes. À la première, il faut convaincre la Cour que le contrat est par ailleurs exécutoire, compte tenu des principes généraux du droit des contrats.



[46] In this regard, Ms. Douez argues that the clause is unenforceable primarily because it was made unclear by Facebook’s statement that it “strive[s] to respect local laws”. We disagree. This general statement, which is also contained in the terms of use, does not prevail over the clear and specific language of the forum selection clause. Indeed, “where there is apparent conflict between a general term and a specific term, the terms may be reconciled by taking the parties to have intended the scope of the general term to not extend to the subject-matter of the specific term” (*BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, at p. 24; see also G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at p. 19). And as Facebook rightly notes, s. 15(1) of the *Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, permits offer and acceptance to occur in an electronic form through “clicking” online.

[47] Our colleague Abella J. concludes that the clause is not enforceable at this first step based upon other considerations. We prefer to address these considerations at the “strong cause” step of the test.

[48] At the second step of *Pompey* — the strong cause test — Facebook argues that Ms. Douez has failed to meet her burden because she did not provide any evidence that her contract with Facebook is the result of grossly uneven bargaining power or that a California court would be unable to hear her claim. For her part, Ms. Douez emphasizes the distinctions between a commercial contract amongst sophisticated parties and the consumer context. She also stresses the importance of privacy rights and the public policy underpinning the British Columbia legislature’s decision to enact a statutory cause of action to allow for vindication of these rights.

[49] As we note above, in exercising its discretion at this step of the analysis, a court must consider “all the circumstances”, including the “convenience

[46] À ce propos, M<sup>me</sup> Douez soutient que la clause est inexécutoire au motif principal qu’elle est rendue ambiguë par l’énoncé selon lequel Facebook [TRADUCTION] « [s’efforce de] respect[er] les lois locales ». Nous ne sommes pas d’accord. Cet énoncé général que l’on retrouve dans les conditions d’utilisation ne saurait prévaloir sur le libellé clair et précis de la clause d’élection de for. En effet, « lorsqu’il y a apparence de conflit entre une condition générale et une condition explicite, elles peuvent être conciliées si l’on considère que les parties ont voulu que la condition générale ne s’applique pas à l’objet de la condition spécifique » (*BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, p. 24; voir également G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3<sup>e</sup> éd. 2016), p. 19). Et comme le fait observer à juste titre Facebook, le par. 15(1) de l’*Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, permet l’offre et l’acceptation en ligne par un simple clic.

[47] Notre collègue la juge Abella conclut au caractère inexécutoire de la clause à la première étape de l’analyse en se fondant sur d’autres considérations. Nous préférons nous pencher sur ces considérations à l’étape qui s’intéresse à l’existence de « motifs sérieux ».

[48] En ce qui a trait au second volet du test de l’arrêt *Pompey* — le critère des motifs sérieux —, Facebook soutient que M<sup>me</sup> Douez ne s’est pas acquittée du fardeau de preuve qui lui incombe, car elle n’a offert aucune preuve que le contrat conclu résulte de l’exercice d’un pouvoir de négociation abusif ou qu’un tribunal californien ne pourrait être saisi de sa demande. De son côté, M<sup>me</sup> Douez insiste sur les distinctions qu’il y a lieu d’établir entre un contrat commercial conclu par des personnes averties et un contrat de consommation. Elle souligne aussi l’importance des droits à la vie privée et les considérations d’intérêt public qui sous-tendent la décision du législateur de la Colombie-Britannique de conférer un droit d’action pour permettre de faire valoir ces droits.

[49] Rappelons que le tribunal qui exerce son pouvoir discrétionnaire à cette étape de l’analyse doit prendre en considération « toutes les circonstances

of the parties, fairness between the parties and the interests of justice” (*Pompey*, at paras. 19 and 30-31). As we have said, public policy may also be an important factor at this step (*Holt Cargo*, at para. 91, referred to in *Pompey*, at para. 39; *Frey*, at para. 115).

[50] We conclude that Ms. Douez has met her burden of establishing that there is strong cause not to enforce the forum selection clause. A number of different factors, when considered cumulatively, support the chambers judge’s finding of strong cause. Most importantly, the claim involves a consumer contract of adhesion and a statutory cause of action implicating the quasi-constitutional privacy rights of British Columbians. We begin with these compelling factors, which are decisive in this case when considered together.

(a) *Public Policy*

[51] There are strong public policy considerations which favour a finding of strong cause. As we have mentioned, this Court has emphasized party autonomy and commercial certainty in the context of contracts involving sophisticated parties. This usually justifies enforcement of forum selection clauses in the commercial context (*Pompey*, at para. 20; *GreCon Dimter*, at para. 22). Facebook argues that there is no reason to depart from this balance in the consumer context. We disagree.

[52] There are generally strong public policy reasons to hold parties to their bargain and it is clear that forum selection clauses are not inherently contrary to public policy. But freedom of contract is not unfettered. A court has discretion under the strong cause test to deny the enforcement of a contract for reasons of public policy in appropriate circumstances. Generally, such limitations fall into two broad categories: those intended to protect a weaker party or those intended to protect “the social, economic, or political policies of the enacting state in

de l’espèce », y compris « les inconvénients pour les parties, l’équité entre les parties et l’intérêt de la justice » (*Pompey*, par. 19 et 30-31). L’intérêt public peut également jouer un rôle important à cette étape (*Holt Cargo*, par. 91, cité dans *Pompey*, par. 39; *Frey*, par. 115).

[50] Nous arrivons à la conclusion que M<sup>me</sup> Douez s’est déchargée de son fardeau d’établir l’existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d’élection de for. Par leur effet cumulatif, plusieurs considérations différentes étayaient la conclusion de la juge de première instance sur l’existence de motifs sérieux. Mais surtout, nous sommes en présence ici d’un contrat de consommation qui tient du contrat d’adhésion, ainsi que d’une cause d’action conférée par la loi qui fait intervenir les droits quasi constitutionnels des Britanno-Colombiens à la protection de leur vie privée. Nous examinons d’abord ces considérations convaincantes qui, conjointement, se révèlent décisives en l’espèce.

a) *Intérêt public*

[51] Des considérations sérieuses d’intérêt public militent en faveur de l’existence de motifs sérieux. Rappelons que, dans le cas de contrats intervenus entre des personnes averties, la Cour met l’accent sur l’autonomie de la volonté et sur la certitude en matière commerciale. Ces considérations justifient habituellement que l’on donne effet aux clauses d’élection de for en matière commerciale (*Pompey*, par. 20; *GreCon Dimter*, par. 22). Facebook prétend qu’il n’y a aucune raison de rompre avec cette démarche dans le cas d’un contrat de consommation. Nous ne partageons pas son avis.

[52] En règle générale, il existe des motifs sérieux relevant de l’intérêt public d’obliger une partie à respecter ses engagements, et il est clair qu’une clause d’élection de for ne va pas en soi à l’encontre de l’intérêt public. Or, la liberté contractuelle n’est pas illimitée. Le tribunal jouit d’un pouvoir discrétionnaire qui lui permet, par application du critère des motifs sérieux, de refuser de donner effet à un contrat pour des raisons liées à l’intérêt public lorsque les circonstances s’y prêtent. Généralement, la liberté contractuelle se voit ainsi limitée pour

the collective interest” (C. Walsh, “The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts” (2010), 60 *U.N.B.L.J.* 12, at p. 15). In this case, both of these categories are implicated. It raises both the reality of unequal bargaining power in consumer contracts of adhesion and the local court’s interest in adjudicating claims involving constitutional or quasi-constitutional rights.

[53] First, the forum selection clause is included in a contract of adhesion formed between an individual consumer and a large corporation. As we discussed above, even if a contract is not unconscionable, gross inequality of bargaining power is still a relevant factor at the strong cause step of the analysis in this context.

[54] Despite Facebook’s claim otherwise, it is clear from the evidence that there was gross inequality of bargaining power between the parties. Ms. Douez’s claim involves an online contract of adhesion formed between an individual and a multi-billion dollar corporation. The evidence on the record is that Facebook reported almost \$4.28 billion in revenue in 2012 through advertising on its social media platform. It is in contractual relationships with 1.8 million British Columbian residents, approximately 40 percent of the province’s population. Ms. Douez is one of these individuals.

[55] Relatedly, individual consumers in this context are faced with little choice but to accept Facebook’s terms of use. Facebook asserts that Ms. Douez could have simply rejected Facebook’s terms. But as the academic commentary makes clear, in today’s digital marketplace, transactions between businesses and consumers are generally covered by non-negotiable standard form contracts presented to consumers on a “take-it-or-leave-it” basis (Pavlović, at p. 392).

[56] In particular, unlike a standard retail transaction, there are few comparable alternatives to

deux motifs principaux : protéger la partie la plus vulnérable ou protéger [TRADUCTION] « les mesures sociales, économiques ou politiques prises par l’État dans l’intérêt de la collectivité » (C. Walsh, « The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts » (2010), 60 *R.D. U.N.-B.* 12, p. 15). Dans la présente affaire, les deux sont en jeu. Il y a à la fois inégalité du pouvoir de négociation dans un contrat de consommation qui tient du contrat d’adhésion et intérêt à ce qu’une juridiction locale statue sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels.

[53] Premièrement, la clause d’élection de for figure dans un contrat d’adhésion intervenu entre un consommateur et une grande entreprise. Nous le répétons, même lorsqu’un contrat n’est pas inique, l’inégalité flagrante du pouvoir de négociation demeure une considération pertinente pour décider de l’existence de motifs sérieux dans ce contexte.

[54] Malgré la prétention contraire de Facebook, l’inégalité flagrante du pouvoir de négociation ressort de la preuve. Le recours de M<sup>me</sup> Douez a pour objet un contrat d’adhésion conclu en ligne entre un particulier et une entreprise multimilliardaire. Suivant la preuve au dossier, en 2012, Facebook a déclaré des revenus publicitaires de près de 4,28 milliards de dollars. Elle a établi des relations contractuelles avec 1,8 million de résidents de la Colombie-Britannique, soit environ 40 pour 100 de la population de la province. M<sup>me</sup> Douez est l’une de ces personnes.

[55] Dès lors, le consommateur n’a pratiquement pas d’autre choix que d’accepter les conditions d’utilisation du réseau social. Facebook fait valoir que M<sup>me</sup> Douez aurait pu simplement refuser ses conditions. Mais il ressort de la doctrine que, dans le marché numérique contemporain, les opérations qui interviennent entre une entreprise et un consommateur sont le plus souvent régies par un contrat type non négociable que le consommateur n’a d’autre choix que [TRADUCTION] « d’accepter ou non » (Pavlović, p. 392).

[56] Signalons que contrairement aux détaillants en général, Facebook n’a que peu de concurrents

Facebook, a social networking platform with extensive reach. British Columbians who wish to participate in the many online communities that interact through Facebook must accept that company's terms or choose not to participate in its ubiquitous social network. As the intervener the Canadian Civil Liberties Association emphasizes, "access to Facebook and social media platforms, including the online communities they make possible, has become increasingly important for the exercise of free speech, freedom of association and for full participation in democracy" (I.F., at para. 16). Having the choice to remain "offline" may not be a real choice in the Internet era.

[57] Given this context, it is clear that the difference in bargaining power between the parties is large. This distinguishes the situation from *Pompey*, where the Court emphasized that the respondent in that case could have chosen to negotiate the forum selection clause in the bill of lading (para. 29). Nothing suggests in this case that Ms. Douez could have similarly negotiated the terms of use.

[58] Secondly, Canadian courts have a greater interest in adjudicating cases impinging on constitutional and quasi-constitutional rights because these rights play an essential role in a free and democratic society and embody key Canadian values. There is an inherent public good in Canadian courts deciding these types of claims. Through adjudication, courts establish norms and interpret the rights enjoyed by all Canadians.

[59] At issue in this case is Ms. Douez's statutory privacy right. Privacy legislation has been accorded quasi-constitutional status (*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at paras. 24-25). This Court has emphasized the importance of privacy — and its role in protecting one's physical and moral autonomy — on multiple occasions (see

susceptibles d'offrir une plateforme de réseautage social de grande portée. Les Britanno-Colombiens désireux de participer aux nombreuses communautés en ligne qui communiquent entre elles par l'intermédiaire de Facebook doivent accepter les conditions de l'entreprise ou se résoudre à ne pas faire partie de son réseau social omniprésent. Comme le souligne l'intervenante Association canadienne des libertés civiles, [TRADUCTION] « l'accès à Facebook et aux plateformes de média social, y compris les communautés en ligne qu'ils rendent possibles, a vu son importance s'accroître dans l'exercice de la liberté d'expression et de la liberté d'association, ainsi que dans la pleine participation à la démocratie » (mémoire de l'Association canadienne des libertés civiles, par. 16). Le choix de « ne pas être en ligne » ne saurait constituer un choix véritable à l'ère d'Internet.

[57] Ce contexte fait ressortir l'ampleur de l'inégalité du pouvoir de négociation entre les parties, ce qui distingue la présente situation de l'affaire *Pompey* où l'intimée aurait pu — comme le souligne la Cour — décider de négocier la clause d'élection de for du connaissement (par. 29). Aucun élément ne permet de penser que, en l'espèce, M<sup>me</sup> Douez aurait pu de même négocier les conditions d'utilisation.

[58] Deuxièmement, il existe un intérêt prépondérant à ce que les tribunaux canadiens statuent dans les affaires qui portent sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels, car ces droits jouent un rôle essentiel dans une société libre et démocratique et incarnent des valeurs canadiennes fondamentales. Il est foncièrement dans l'intérêt du public que les tribunaux canadiens tranchent en la matière. Par leurs décisions, les tribunaux établissent des normes et interprètent les droits dont jouissent les Canadiens.

[59] Le litige porte en l'espèce sur le droit de M<sup>me</sup> Douez au respect de sa vie privée. Les dispositions qui garantissent ce droit se voient reconnaître un caractère quasi constitutionnel (*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 24-25). Notre Cour souligne dans maints arrêts l'importance de la vie privée et son rôle dans la protection

*Lavigne*, at para. 25; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427). As the chambers judge noted, the growth of the Internet, virtually timeless with pervasive reach, has exacerbated the potential harm that may flow from incursions to a person's privacy interests. In this context, it is especially important that such harms do not go without remedy. And since Ms. Douez's matter requires an interpretation of a statutory privacy tort, only a local court's interpretation of privacy rights under the *Privacy Act* will provide clarity and certainty about the scope of the rights to others in the province.

[60] Moreover, the British Columbia legislature's creation of a statutory cause of action evidences an intention to create local rights and protections for the privacy rights of British Columbia residents. As the chambers judge noted, local courts are better placed to adjudicate these sorts of claims:

... local courts may be more sensitive to the social and cultural context and background relevant to privacy interests of British Columbians, as compared to courts in a foreign jurisdiction. This could be important in determining the degree to which privacy interests have been violated and any damages that flow from this. [para. 75]

[61] Similarly, the legislature's creation of a statutory privacy tort that can be established without proof of damages reflects the legislature's intention to encourage access to justice for such claims. As well, British Columbia's *Class Proceedings Act* provides important procedural tools designed to improve access to justice (*Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162, at para. 1).

[62] Yet commentators recognize the practical reality that forum selection clauses often operate to defeat consumer claims (E. A. Purcell, Jr.,

de l'autonomie physique et morale des personnes (voir *Lavigne*, par. 25; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427). Comme le fait observer la juge de première instance, la croissance d'Internet — un réseau quasi atemporel au rayonnement infini — a exacerbé le préjudice susceptible d'être infligé à une personne par une atteinte à son droit à la vie privée. Il est donc particulièrement important de faire en sorte que la victime d'un tel préjudice ne soit pas privée de recours. Et comme l'allégation de M<sup>me</sup> Douez requiert l'interprétation d'un délit civil d'origine législative, seule l'interprétation par une juridiction locale des droits à la vie privée que confère la *Privacy Act* offrira aux autres résidents de la province clarté et certitude sur la portée de ces droits.

[60] De plus, la création d'une cause d'action par le législateur de la Colombie-Britannique témoigne de sa volonté de créer au bénéfice des résidents de la province des droits et des garanties d'application locale en matière de respect de la vie privée. La juge de première instance relève d'ailleurs que les juridictions locales sont plus aptes à statuer sur les demandes en la matière :

[TRADUCTION] ... une juridiction locale peut être plus sensible qu'une juridiction étrangère au contexte social et culturel des intérêts des Britanno-Colombiens liés au respect de la vie privée, ce qui peut se révéler important lorsqu'il s'agit de déterminer l'ampleur de l'atteinte aux droits à la vie privée et du préjudice qui en résulte. [par. 75]

[61] Aussi, la création par le législateur de la Colombie-Britannique d'un délit civil d'atteinte à la vie privée qui peut être établi sans la nécessité de prouver un préjudice témoigne de sa volonté de faciliter l'accès à la justice en la matière. De plus, la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique offre d'importants outils procéduraux conçus pour accroître l'accès à la justice (*Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162, par. 1).

[62] Les auteurs reconnaissent que, dans les faits, les clauses d'élection de for font hélas souvent échec aux recours des consommateurs

“Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court” (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423, at pp. 446-49). Given the importance of constitutional and quasi-constitutional rights, it is even more important that reverence to freedom of contract and party autonomy does not mean that such rights routinely go without remedy.

[63] Overall, the public policy concerns weigh heavily in favour of strong cause.

(b) *Secondary Factors*

[64] In addition to the strong public policy reasons favouring strong cause, two other secondary factors also suggest that the forum selection clause should not be enforced. These factors are the interests of justice and the comparative convenience and expense of litigating in the alternate forum.

(i) Interests of Justice

[65] The interests of justice (*Pompey*, at para. 31), support adjudication of Ms. Douez’s claim in British Columbia. This factor is concerned not only with whether enforcement of the forum selection clause would unfairly cause the loss of a procedural advantage, but also with which forum is best positioned to hear the case on its merits. Of course, unlike in the *forum non conveniens* analysis, the burden is on the party resisting enforcement of the clause to show good reason why the parties should not be held to their bargain.

[66] The lack of evidence concerning whether a California court would hear Ms. Douez’s claim was a significant focus of the hearing before us. In front of the chambers judge, Facebook argued that the substantive law of California would defeat the

(E. A. Purcell, Jr., « Geography as a Litigation Weapon : Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court » (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423, p. 446-449). Vu l’importance des droits constitutionnels et quasi constitutionnels, il importe d’autant plus de veiller à ce que le respect de la liberté contractuelle et de l’autonomie de la volonté ne prive pas systématiquement de recours les personnes qui sont victimes d’atteintes à de tels droits.

[63] En somme, les considérations liées à l’intérêt public militent fortement en faveur de l’existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d’élection de for.

b) *Considérations secondaires*

[64] Outre les justifications relevant de l’intérêt public qui militent en faveur de l’existence de motifs sérieux, deux autres considérations secondaires donnent à penser que la clause d’élection de for ne devrait pas s’appliquer. Il s’agit de l’intérêt de la justice ainsi que du coût et des inconvénients d’une poursuite dans l’autre ressort.

(i) L’intérêt de la justice

[65] En l’espèce, l’intérêt de la justice (*Pompey*, par. 31) fait pencher la balance en faveur de l’instruction de la demande de M<sup>me</sup> Douez en Colombie-Britannique. Pour les besoins de cette considération, il faut non seulement se demander si donner effet à la clause d’élection de for priverait injustement M<sup>me</sup> Douez d’un avantage procédural, mais aussi quel tribunal est le mieux placé pour entendre l’affaire au fond. Certes, contrairement à ce qui est le cas dans la démarche que commande l’application de la doctrine du *forum non conveniens*, c’est à celui qui s’oppose à l’application de la clause qu’il incombe de prouver l’existence de bonnes raisons de ne pas contraindre les parties à respecter leurs engagements contractuels.

[66] L’audition du pourvoi a porté en grande partie sur l’absence de preuve qu’un tribunal californien refuserait d’entendre la demande de M<sup>me</sup> Douez. En première instance, Facebook a soutenu que les règles de droit substantiel de la Californie feraient

application of the *Privacy Act*. Before this Court, Facebook emphasizes the lack of any expert evidence on whether this would in fact be the case if the claim proceeded in California. According to Facebook, the fact that Ms. Douez has not provided expert evidence establishing that a California court would not apply the British Columbia *Privacy Act* is decisive. Similarly, the British Columbia Court of Appeal placed significant weight on this lack of expert evidence.

[67] Yet, none of the leading authorities on the strong cause test, *Pompey* included, make proof that the claim would fail in the foreign jurisdiction a mandatory element of strong cause (see e.g. *The “Eleftheria”, Momentous and Pompey*). A plaintiff may choose to rely on expert evidence to establish that the selected forum would be unable or unwilling to litigate his or her claim. Similarly, the defendant may provide his or her own expert evidence to show that the selected forum would be willing and able to litigate the claim. However, while such evidence may be helpful, its absence is not determinative. Under the *Pompey* analysis, there is no separate requirement for the party trying to avoid the forum selection clause to prove that her claim would necessarily fail in the foreign jurisdiction.

[68] In addition, Ms. Douez’s claim is premised on a British Columbia cause of action. Yet, her contract with Facebook includes a choice of law clause in favour of California:

The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions.

[69] We disagree with Facebook that the choice of law question is irrelevant. Although we do not decide which body of law will apply, and how the choice of law clause might interact with the *Privacy Act*, in our view, the interests of justice are best served if this question is adjudicated in British Columbia.

échec à l’application de la *Privacy Act*. Devant notre Cour, elle insiste sur l’absence d’une preuve d’expert en ce sens advenant que le recours soit exercé en Californie. Selon elle, le fait que M<sup>me</sup> Douez n’a pas offert une preuve d’expert établissant qu’un tribunal de la Californie n’appliquerait pas la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique se révèle décisif. D’ailleurs, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique accorde elle aussi beaucoup de poids à l’absence d’une preuve d’expert.

[67] Pourtant, aucun des arrêts de principe sur le critère des motifs sérieux, y compris l’arrêt *Pompey*, ne fait de la preuve du rejet de la demande par le tribunal étranger un élément obligatoire de l’existence de motifs sérieux (voir p. ex. *The « Eleftheria »*, *Momentous* et *Pompey*). Le demandeur peut décider de faire appel à un expert pour établir que le tribunal désigné ne pourrait ou ne voudrait pas se saisir de son recours. De même, le défendeur peut offrir sa propre preuve d’expert pour établir le contraire. Toutefois, même si une telle preuve peut se révéler utile, son absence n’est pas déterminante. Selon l’analyse préconisée dans l’arrêt *Pompey*, la partie qui cherche à se soustraire à la clause d’élection de for n’a pas une obligation distincte de démontrer que le ressort étranger refuserait forcément de se saisir de sa demande.

[68] Par ailleurs, la demande de M<sup>me</sup> Douez prend appui sur une cause d’action reconnue en Colombie-Britannique. Pourtant, le contrat conclu avec Facebook précise que le droit applicable est celui de la Californie :

[TRADUCTION] Le droit de l’État de Californie régit cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois.

[69] Contrairement à ce que soutient Facebook, nous ne croyons pas que la désignation du droit applicable est sans pertinence. Nous ne nous prononçons pas sur l’ensemble des règles de droit qui s’applique, non plus que sur la manière dont cette désignation pourrait interagir avec la *Privacy Act*, mais nous estimons que l’intérêt de la justice serait mieux servi si un tribunal de la Colombie-Britannique en décidait.

[70] Generally, common law courts will give effect to choice of law clauses as long as they are *bona fide*, legal and not contrary to public policy (*Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277 (P.C.), at p. 290). Furthermore, even if a choice of law clause is generally enforceable, local laws may still apply to a dispute if the local forum intends such laws to be mandatory and not avoidable through a choice of law clause (S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2016), at p. 299).

[71] Usually, courts consider laws of the *local* forum when determining whether the legislature intended there to be mandatory rules that supersede the parties' choice of law (G. Saumier, "What's in a Name? Lloyd's, International Comity and Public Policy" (2002), 37 *Can. Bus. L.J.* 388, at pp. 395-97; J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), at p. 31-2). Whether courts in common law legal systems may similarly consider the intention of *foreign* legislatures, as set out in statutes like the *Privacy Act*, is uncertain (*ibid.*). In *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp. Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 (C.A.), at pp. 57-58, McLachlin J.A. (as she then was) recognized the likelihood that a foreign court would be unable to consider the public policy evidenced in the local statute as a reason why the local court should refuse a *forum non conveniens* application.

[72] But even assuming that a California court could or would apply the *Privacy Act*, the interests of justice (*Pompey*, at para. 31) support having the action adjudicated by the British Columbia Supreme Court. This court, as compared to a California one, is better placed to assess the purpose and intent of the legislation and to decide whether public policy or legislative intent prevents parties from opting out of rights created by the *Privacy Act* through a choice of law clause in favour of a foreign jurisdiction.

[70] En règle générale, les tribunaux de common law donnent effet à la désignation du droit applicable dès lors que les parties sont de bonne foi, que la clause est légale et qu'elle n'est pas contraire à l'intérêt public (*Vita Food Products, Inc. c. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277 (C.P.), p. 290). De plus, même si une telle clause est le plus souvent exécutoire, une loi locale peut toujours régir un différend lorsque le ressort local tient cette loi pour impérative et non susceptible d'être écartée par une désignation du droit applicable (S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2<sup>e</sup> éd. 2016), p. 299).

[71] Habituellement, les tribunaux examinent les lois du ressort *local* pour déterminer si le législateur a voulu leur conférer un caractère impératif et leur donner préséance sur le droit auquel les parties ont choisi de se soumettre (G. Saumier, « What's in a Name? Lloyd's, International Comity and Public Policy » (2002), 37 *Rev. can. dr. comm.* 388, p. 395-397; J. Walker, *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws* (6<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 31-2). On peut toutefois se demander si, dans les régimes de common law, le tribunal peut ainsi tenir compte de l'intention d'un législateur *étranger* qui se dégage d'une loi telle que la *Privacy Act* (*ibid.*). Dans l'arrêt *Avenue Properties Ltd. c. First City Dev. Corp. Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 (C.A.), p. 57-58, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour) a reconnu qu'un tribunal étranger ne pourrait probablement pas retenir un élément d'intérêt public ressortant d'une loi locale comme motif de rejet d'une demande alléguant le *forum non conveniens*.

[72] À tout événement, à supposer même qu'un tribunal californien pourrait appliquer ou appliquerait la *Privacy Act*, l'intérêt de la justice (*Pompey*, par. 31) milite en faveur de l'instruction de l'action par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cette dernière est mieux placée qu'une juridiction californienne pour définir l'objet de la loi et l'intention qui la sous-tend, puis décider si l'intérêt public ou l'intention du législateur empêche les parties d'écartier les droits issus de la *Privacy Act* en choisissant de se soumettre au droit d'un ressort étranger.



(ii) Comparative Convenience and Expense of Litigating in the Alternate Forum

[73] Another consideration in the strong cause analysis is the comparative expense and convenience of litigating in the alternate forum (*Pompey*, at para. 31; *The “Eleftheria”*, at p. 242). Therefore, related to the concerns about fairness and access to justice discussed above, the expense and inconvenience of requiring British Columbian individuals to litigate in California, compared to the comparative expense and inconvenience to Facebook, further supports a finding of strong cause.

[74] Although Facebook argued its relevant books and records were located in California, the chambers judge found it would be more convenient to have Facebook’s books and records made available for inspection in British Columbia than requiring the plaintiff to travel to California to advance her claim. There is no reason to disturb this finding.

[75] While these secondary factors might not have justified a finding of strong cause on their own, they nonetheless support our conclusion that Ms. Douez has established sufficiently strong reasons why the forum selection clause should not be enforced and the action should proceed in British Columbia.

VI. Conclusion

[76] We would allow the appeal with costs to the appellant. Ms. Douez provided strong reasons to resist the enforcement of the clause: most importantly, the gross inequality of bargaining power between her and Facebook and the quasi-constitutional privacy rights engaged by her claim. The forum selection clause is unenforceable.

[77] As a result, the chambers judge’s order dismissing Facebook’s application to have the British Columbia Supreme Court decline jurisdiction is restored.

(ii) Inconvénients et coût d’une poursuite dans l’autre ressort

[73] Un autre élément à considérer lorsqu’il s’agit de se prononcer sur l’existence de motifs sérieux demeure le coût et les inconvénients d’une poursuite dans l’autre ressort (*Pompey*, par. 31; *The « Eleftheria »*, p. 242). Ainsi, en lien avec les considérations que sont l’équité et l’accès à la justice mentionnés précédemment, les frais et les inconvénients occasionnés aux Britanno-Colombiens par l’obligation de poursuivre en Californie, comparés à ceux occasionnés à Facebook, étayaient aussi la conclusion qu’il existe des motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d’élection de for.

[74] Bien que Facebook ait fait valoir que ses registres et dossiers pertinents se trouvent en Californie, la juge de première instance conclut qu’il serait plus commode de les rendre disponibles en Colombie-Britannique que d’obliger la demanderesse à se déplacer jusqu’en Californie pour défendre sa cause. Aucun élément ne justifie de modifier sa conclusion.

[75] Même si ces considérations secondaires n’auraient peut-être pas permis à elles seules de conclure à l’existence de motifs sérieux, elles appuient néanmoins notre conclusion selon laquelle M<sup>me</sup> Douez a prouvé qu’il existait des raisons suffisamment sérieuses ne pas donner effet à la clause d’élection de for et de décider que l’action devait suivre son cours en Colombie-Britannique.

VI. Conclusion

[76] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens en faveur de l’appelante. M<sup>me</sup> Douez a fait valoir des motifs sérieux de refuser de donner effet à la clause, soit essentiellement l’inégalité flagrante du pouvoir de négociation entre elle et Facebook et le caractère quasi constitutionnel des droits à la vie privée que met en jeu sa demande. La clause d’élection de for est inexécutoire.

[77] En conséquence, l’ordonnance de la juge de première instance rejetant la demande présentée par Facebook afin que la Cour suprême de la Colombie-Britannique décline compétence est rétablie.

The following are the reasons delivered by

[78] ABELLA J. — Anyone who wants to use Facebook’s service must register as a member and accept Facebook’s terms of use. The issue in this appeal is the enforceability of the forum selection clause in Facebook’s terms of use, whereby all disputes are required to be litigated in Santa Clara County in California.

[79] In *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, this Court held that a party relying on a forum selection clause must first show that it is enforceable applying a contractual approach. If it is, the onus shifts to the other party to show that there is “strong cause” for the court to decline to apply the forum selection clause based on considerations grounded in *forum non conveniens* principles.

[80] In my view, Facebook’s forum selection clause is not enforceable under the first step of the *Pompey* test.

### Background

[81] When a Facebook user “liked” a post associated with a business, Facebook occasionally displayed the user’s name and portrait in an advertisement on the newsfeeds of the user’s friends. These advertisements were referred to as “Sponsored Stories”. One of those users whose name and portrait were used in a Sponsored Story was Deborah Louise Douez.

[82] Ms. Douez claims that she gave no consent to having her name or portrait used in Sponsored Stories. As a result, she brought proceedings in the Supreme Court of British Columbia alleging that Facebook violated her rights contrary to s. 3(2) of the British Columbia *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373:

Version française des motifs rendus par

[78] LA JUGE ABELLA — Quiconque souhaite utiliser Facebook doit devenir membre du réseau social et accepter ses conditions d’utilisation. Le pourvoi porte sur le caractère exécutoire de la clause d’élection de for que renferment ces conditions et selon laquelle toute contestation doit être portée devant les tribunaux du comté de Santa Clara, en Californie.

[79] Dans l’arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, la Cour statue que la partie qui entend invoquer une clause d’élection de for doit d’abord en démontrer le caractère exécutoire au regard du droit contractuel. Si la clause est jugée exécutoire, il incombe alors à la partie adverse d’établir que des « motifs sérieux » justifient le tribunal de refuser d’y donner effet en raison de considérations fondées sur les principes du *forum non conveniens*.

[80] À mon sens, la clause d’élection de for de Facebook n’est pas exécutoire suivant le premier critère du test de l’arrêt *Pompey*.

### Contexte

[81] Lorsqu’un utilisateur avait « aimé » une publication associée à une entreprise, il arrivait que Facebook emploie son nom et sa photo de profil dans une publicité qui s’affichait sur le fil d’actualité des amis. Cette publicité était appelée « actualités sponsorisées » (« *Sponsored Stories* »). Deborah Louise Douez est une utilisatrice dont le nom et la photo de profil ont été employés dans des actualités sponsorisées.

[82] M<sup>me</sup> Douez dit ne pas avoir consenti à l’utilisation de son nom et de sa photo de profil dans une telle publicité. C’est pourquoi elle a intenté devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique une action dans laquelle elle allègue que Facebook a porté atteinte à ses droits en contravention avec le par. 3(2) de la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 373 (« Loi ») :

3

(2) It is a tort, actionable without proof of damage, for a person to use the name or portrait of another for the purpose of advertising or promoting the sale of, or other trading in, property or services, unless that other, or a person entitled to consent on his or her behalf, consents to the use for that purpose.

[83] Under s. 4, actions under the *Privacy Act* must be heard in the Supreme Court of British Columbia:

4 Despite anything contained in another Act, an action under this Act must be heard and determined by the Supreme Court.

[84] Ms. Douez also brought a class action proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. The proposed class consisted of approximately 1.8 million British Columbia residents whose names or portraits had been used by Facebook in a Sponsored Story.

[85] Facebook applied for a stay of the proceedings based on the forum selection clause in its terms of use, which states in part:

*You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in a state or federal court located in Santa Clara County.* The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions. You agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County, California for purpose of litigating all such claims. [Emphasis added.]

[86] In the Supreme Court of British Columbia, Griffin J. declined to enforce the forum selection clause and certified the class action. She found that

[TRANSLATION]

3

(2) Quiconque utilise le nom ou l'image d'une autre personne en vue de faire la publicité ou de promouvoir la vente ou l'échange de tout bien ou service, mais sans avoir obtenu au préalable son consentement ou celui de la personne autorisée à consentir pour elle à cette utilisation, commet un délit civil et peut être poursuivie avec ou sans preuve d'un préjudice.

[83] Selon l'art. 4, toute action intentée sous le régime de la *Privacy Act* ressortit à la Cour suprême de la Colombie-Britannique :

[TRANSLATION]

4 Malgré les dispositions de toute autre loi, la Cour suprême connaît de toute action fondée sur la présente loi.

[84] M<sup>me</sup> Douez a également intenté un recours collectif sous le régime de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. Le groupe projeté compte environ 1,8 million de résidents de la Colombie-Britannique dont le nom et la photo de profil ont été utilisés par Facebook dans des actualités sponsorisées.

[85] Facebook a demandé la suspension de l'instance en invoquant la clause d'élection de for qui figure dans ses conditions d'utilisation, dont voici un passage :

[TRANSLATION] *Vous porterez toute plainte, action en justice ou contestation (« action ») contre nous afférente à cette Déclaration ou à Facebook, exclusivement devant un tribunal d'État ou un tribunal fédéral du comté de Santa Clara.* Le droit de l'État de Californie régit cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois. Vous acceptez de respecter la compétence de ces tribunaux dans le cadre de telles actions. [Italiques ajoutés.]

[86] La juge Griffin de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé de donner effet à la clause d'élection de for et a certifié le recours

s. 4 of the *Privacy Act* grants exclusive jurisdiction to the Supreme Court of British Columbia to hear claims under that *Act*, overriding any forum selection clause. As such, it was unnecessary for Ms. Douez to show “strong cause” why the forum selection clause should not be applied.

[87] The Court of Appeal for British Columbia allowed the appeal and granted Facebook’s request for a stay of proceedings based on the forum selection clause.

### Analysis

[88] *Pompey* involved a bill of lading between sophisticated commercial entities. This is the first time the Court has been asked to consider how *Pompey* applies to a forum selection clause in an online consumer contract of adhesion.

[89] In concluding that the forum selection clause in *Pompey* should be enforced, Bastarache J. set out the following test, based on the 1969 decision in *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.):

*Once the court is satisfied that a validly concluded bill of lading otherwise binds the parties, the court must grant the stay unless the plaintiff can show sufficiently strong reasons to support the conclusion that it would not be reasonable or just in the circumstances to require the plaintiff to adhere to the terms of the clause. In exercising its discretion, the court should take into account all of the circumstances of the particular case. [Emphasis added; para. 39.]*

[90] He also framed it as follows:

... once it is determined that the bill of lading otherwise binds the parties (*for instance, that the bill of lading as it relates to jurisdiction does not offend public policy, was not the product of fraud or of grossly uneven bargaining positions*), [the “strong cause” test] constitutes an inquiry into questions such as the convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice . . . . [Emphasis added; para. 31.]

collectif. Elle a conclu que l’art. 4 de la *Privacy Act* confère à ce tribunal une compétence exclusive pour connaître de toute demande fondée sur cette Loi et qu’il a préséance sur la clause d’élection de for. Il était donc inutile que M<sup>me</sup> Douez établisse l’existence de « motifs sérieux » de ne pas donner effet à la clause d’élection de for.

[87] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli l’appel et a fait droit à la demande de suspension de l’instance présentée par Facebook sur le fondement de la clause d’élection de for.

### Analyse

[88] L’arrêt *Pompey* a été rendu relativement à un connaissance intervenu entre des entreprises commerciales averties. La Cour est aujourd’hui appelée pour la première fois à se prononcer sur l’application de cet arrêt à la clause d’élection de for d’un contrat d’adhésion en matière de consommation conclu en ligne.

[89] Pour arriver à la conclusion qu’il y a lieu de donner effet à la clause d’élection de for considérée dans cette affaire, le juge Bastarache établit le test suivant en s’appuyant sur une décision datant de 1969, *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.) :

*Une fois convaincue qu’un connaissance valablement conclu lie par ailleurs les parties, la cour doit faire droit à la demande de suspension, à moins que le demandeur ne fasse valoir des motifs assez sérieux pour lui permettre de conclure qu’il ne serait pas raisonnable ou juste, dans les circonstances, d’exiger que le demandeur se conforme à cette clause. Pour exercer son pouvoir discrétionnaire, la cour doit prendre en considération toutes les circonstances de l’espèce. [Italiques ajoutés; par. 39.]*

[90] Il le formule aussi comme suit :

Lorsqu’il est établi que le connaissance lie par ailleurs les parties (*par exemple, que ses dispositions sur la compétence ne sont pas contraires à l’ordre public, qu’il ne résulte pas d’une fraude ou d’un déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation des parties*), le critère des « motifs sérieux » commande l’examen de questions comme les inconvénients pour les parties, l’équité entre les parties et l’intérêt de la justice . . . [Italiques ajoutés; par. 31.]

[91] The Court found that the forum selection clause in the bill of lading was enforceable at the first step because the parties were experienced commercial entities who were aware of industry practices and were also, notably, in a position to negotiate the forum selection clause. As a result, there was no “grossly uneven bargaining power”:

Bills of lading are typically entered into by *sophisticated parties familiar with the negotiation of maritime shipping transactions* who should, in normal circumstances, be held to their bargain. . . . The parties in this appeal are corporations with significant experience in international maritime commerce. The respondents were aware of industry practices and could have reasonably expected that the bill of lading would contain a forum selection clause. A forum selection clause *could very well have been negotiated* with the appellant . . . . *There is no evidence that this bill of lading is the result of grossly uneven bargaining power that would invalidate the forum selection clause contained therein.* [Emphasis added; para. 29.]

[92] The Court went on to conclude that strong cause had not been shown and that a stay should therefore be granted.

[93] It is clear that the *Pompey* test engages two distinct inquiries. The first is into whether the clause is enforceable under contractual doctrines like public policy, duress, fraud, unconscionability or grossly uneven bargaining positions, tools for examining the enforceability of contracts. If the clause is enforceable, the onus shifts to the consumer to show “strong cause” why the clause should not be enforced because of factors typically considered under the *forum non conveniens* doctrine. Those factors were set out in *The “Eleftheria”* as including:

(a) In what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts.

[91] La Cour conclut à la première étape que la clause d’élection de for du connaissement est exécutoire parce que les parties sont des entreprises commerciales averties au fait des pratiques du secteur d’activité et, tout particulièrement, parce qu’elles étaient aussi en mesure de négocier la clause d’élection de for. Elle exclut donc l’exercice d’un « pouvoir de négociation abusif » :

Les connaissements sont en général conclus par des *personnes averties qui sont rompues à la négociation d’opérations de transport maritime* et qui doivent normalement être tenues de respecter leurs engagements. [. . .] Les parties au présent pourvoi sont des sociétés qui ont une grande expérience du commerce maritime international. Les intimées étaient au fait des pratiques dans ce secteur d’activité et elles auraient raisonnablement pu s’attendre à ce que le connaissement renferme une clause d’élection de for. Une clause d’élection de for *aurait très bien pu être négociée* avec l’appelante [. . .] *Aucun élément n’établit en l’espèce que le connaissement résulte de l’exercice, par l’une des parties, d’un pouvoir de négociation abusif justifiant l’annulation de la clause d’élection de for.* [Italiques ajoutés; par. 29.]

[92] Elle estime par ailleurs que l’existence de motifs sérieux n’a pas été démontrée et qu’il y a donc lieu de suspendre les procédures.

[93] Le test qui se dégage de l’arrêt *Pompey* suppose deux examens distincts. Le premier consiste à décider si la clause est exécutoire suivant des doctrines appliquées en droit des contrats comme l’ordre public, la contrainte, la fraude, l’iniquité et le déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation des parties. Si la clause est jugée exécutoire, il incombe alors au consommateur d’établir l’existence de « motifs sérieux » de ne pas donner effet à la clause en raison de considérations qui ressortissent habituellement à la doctrine du *forum non conveniens* et qui sont énoncées de manière non exhaustive dans l’arrêt *The « Eleftheria »* :

[TRADUCTION]

a) Dans quel pays peut-on trouver, ou se procurer facilement la preuve relative aux questions de fait, et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés du procès devant les tribunaux anglais et les tribunaux étrangers?

- |   |  |
|---|--|
| <p>(b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects.</p> <p>(c) With what country either party is connected, and how closely.</p> <p>(d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages.</p> <p>(e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) be deprived of security for that claim;</li> <li>(ii) be unable to enforce any judgment obtained;</li> <li>(iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or</li> <li>(iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial. [p. 242]</li> </ul> | <p>b) Le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il du droit anglais sur des points importants?</p> <p>c) Avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et de quelle nature sont-ils?</p> <p>d) Les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou cherchent-ils seulement à bénéficier d'un avantage procédural?</p> <p>e) Les défendeurs subiraient-ils un préjudice s'ils devaient intenter une action devant un tribunal étranger</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) parce qu'ils seraient privés de garantie à l'égard de leur réclamation;</li> <li>(ii) parce qu'ils seraient incapables de faire exécuter le jugement obtenu;</li> <li>(iii) parce qu'ils seraient soumis à un délai de prescription non applicable en Angleterre; ou</li> <li>(iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, ils ne seraient pas en mesure d'obtenir un jugement équitable? [p. 242]</li> </ul> |
|---|--|

[94] Unlike my colleagues in dissent, I think, with respect, that a compelling argument can be made for modifying the strong cause test to include a wider range of factors than the *forum non conveniens* kind of considerations that have been traditionally applied, but I am also of the view that keeping the *Pompey* steps distinct means that before the onus shifts to the consumer, the focus starts where it should, namely on whether the contract or clause itself satisfies basic contractual principles. A contractual approach for determining the enforceability of forum selection clauses in consumer contracts of adhesion finds significant academic support (William J. Woodward, Jr., “Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration” (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1, at p. 46; M. P. Ellinghaus, “In Defense of Unconscionability” (1969), 78 *Yale L.J.* 757; Linda S. Mullenix, “Another Easy Case, Some More Bad Law: *Carnival Cruise Lines* and Contractual Personal Jurisdiction” (1992), 27 *Tex. Int'l L.J.* 323; Stephen Waddams, “Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism” (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 475; Peter Benson, “Radin on Consent and Fairness in

[94] Soit dit en tout respect, contrairement à mes collègues dissidentes, je crois qu'une thèse convaincante peut être avancée en faveur de la modification du critère des motifs sérieux afin qu'il prenne en compte une gamme plus étendue de considérations que celles inspirées de la doctrine du *forum non conveniens* que l'on applique traditionnellement au critère des motifs sérieux. J'estime aussi toutefois qu'assurer le caractère distinct de chacune des étapes de la démarche suivie dans *Pompey* c'est se poser la bonne question avant de faire passer le fardeau de la preuve au consommateur : le contrat ou la clause comme telle respecte-t-il les principes fondamentaux du droit contractuel? Le recours à l'approche contractuelle pour décider du caractère exécutoire de la clause d'élection de for d'un contrat d'adhésion en matière de consommation trouve un appui important chez les auteurs (William J. Woodward, Jr., « Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration » (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1, p. 46; M. P. Ellinghaus, « In Defense of Unconscionability » (1969), 78 *Yale L.J.* 757; Linda S. Mullenix, « Another Easy Case, Some More Bad Law : *Carnival Cruise Lines* and

Consumer Boilerplate: A Brief Comment” (2013), 54 *Can. Bus. L.J.* 282).

[95] Starting with a contractual analysis also permits the necessary contextual scope to explore enforceability depending on what the nature of the contract or clause is and what contractual rights are at stake. Only if the clause is found to be enforceable do we move to the second step, where the consumer must demonstrate that there is strong cause why, even though the forum selection clause is enforceable, it should nonetheless be disregarded.

[96] Our first task in this case, as a result, is to determine whether the clause is enforceable using contractual principles. In my respectful view, the clause is not enforceable under the principles set out in the first step of *Pompey*.

[97] In deciding whether a clause is unenforceable for reasons of public policy, the court decides “when the values favouring enforceability are outweighed by values that society holds to be more important” (Stephen Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at para. 560). As Prof. McCamus notes, “[a]greements contrary to public policy at common law rest on a judicial determination that the type of agreement in question is sufficiently inconsistent with public policy that it should be treated as unenforceable” (John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 453).

[98] I accept that certainty and predictability generally favour the enforcement at common law of contractual terms, but it is important to put this forum selection clause in its contractual context. We are dealing here with an online *consumer* contract of adhesion. Unlike *Pompey*, there is virtually no opportunity on the part of the consumer to negotiate the terms of the clause. To become a member of

Contractual Personal Jurisdiction » (1992), 27 *Tex. Int’l L.J.* 323; Stephen Waddams, « Review Essay : The Problem of Standard Form Contracts : A Retreat to Formalism » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 475; Peter Benson, « Radin on Consent and Fairness in Consumer Boilerplate : A Brief Comment » (2013), 54 *Rev. can. dr. comm.* 282).

[95] Entreprendre d’abord l’analyse au regard du droit contractuel offre le contexte nécessaire pour considérer le caractère exécutoire en fonction de la nature du contrat ou de la clause ainsi que des droits contractuels en jeu. On ne passe à la seconde étape que si la clause est jugée exécutoire. Il incombe alors au consommateur d’établir l’existence de motifs sérieux de faire abstraction de la clause d’élection de for même si elle est exécutoire.

[96] Notre première tâche en l’espèce consiste dès lors à décider si la clause est exécutoire au regard des principes du droit contractuel. À mon humble avis, la clause n’est pas exécutoire suivant les considérations prises en compte à la première étape de la démarche établie dans *Pompey*.

[97] Le tribunal qui statue qu’une clause est inexécutoire pour des raisons d’ordre public décide [TRADUCTION] « des conditions auxquelles les valeurs privilégiées par la société l’emportent sur celles qui militent en faveur du caractère exécutoire » (Stephen Waddams, *The Law of Contracts* (6<sup>e</sup> éd. 2010), par. 560). Le professeur McCamus ajoute que, [TRADUCTION] « en common law, la contravention d’un accord à l’ordre public tient à une décision judiciaire selon laquelle l’accord en question est de nature suffisamment inconciliable avec l’ordre public pour être jugé inexécutoire » (John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 453).

[98] Je reconnais que la certitude et la prévisibilité militent généralement en faveur de l’exécution en common law des conditions d’un contrat, mais il importe de situer la clause d’élection de for dans son contexte contractuel. Nous avons affaire en l’espèce à un contrat d’adhésion en matière de *consummation*. Contrairement aux parties en cause dans *Pompey*, le consommateur n’a pratiquement

Facebook, one must accept all the terms stipulated in the terms of use. No bargaining, no choice, no adjustments.

[99] Online contracts such as the one in this case put traditional contract principles to the test. What does “consent” mean when the agreement is said to be made by pressing a computer key? Can it realistically be said that the consumer turned his or her mind to all the terms and gave meaningful consent? In other words, it seems to me that some legal acknowledgment should be given to the automatic nature of the commitments made with this kind of contract, not for the purpose of invalidating the contract itself, but at the very least to intensify the scrutiny for clauses that have the effect of impairing a consumer’s access to possible remedies.

[100] As Prof. Waddams has pointed out:

... there may be scope for application of the concept of public policy in respect of unfair clauses that oust the jurisdiction of the court. It would be open to a court to say that, although arbitration and choice of forum clauses are acceptable if freely agreed by parties of equal bargaining power, *there is reason for the court to scrutinize the reality of the agreement with special care in the context of consumer transactions and standard forms*, since these are clauses that, on their face, offend against one of the traditional heads of public policy. [Emphasis added.]

(Waddams (2012), at p. 483; see also Judith Resnik, “Procedure as Contract” (2005), 80 *Notre Dame L. Rev.* 593; Woodward, at p. 46.)

[101] Much has been written about the burden of forum selection clauses on consumers and their ability to access the court system. They were described by Prof. Edward Purcell as creating “an egregious disproportionality” (Edward A. Purcell, Jr., “Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court” (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423, at p. 514). They range from added costs, logistical impediments and delays, to deterrent psychological effects. Prof. Purcell refers

aucune possibilité de négocier le libellé de la clause. Pour devenir membre de Facebook, il faut adhérer aux conditions d’utilisation du réseau social dans leur intégralité. Il n’y a ni négociation, ni choix, ni modulation.

[99] Un contrat conclu en ligne comme celui considéré en l’espèce met à l’épreuve les principes traditionnels du droit contractuel. Qu’en est-il du « consentement » lorsqu’il y a accord sur simple pression d’une touche de clavier? Est-il réaliste de penser que le consommateur a pris connaissance de toutes les conditions et donné un consentement véritable? Autrement dit, j’estime que les tribunaux doivent tenir compte du caractère automatique des engagements qui résultent de ce genre de contrat, non pas pour invalider le contrat comme tel, mais pour resserrer à tout le moins l’examen d’une clause qui a l’effet de compromettre l’accès du consommateur à d’éventuels recours.

[100] Le professeur Waddams fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION] ... la notion d’ordre public pourrait s’appliquer à une clause injuste qui écarte la compétence du tribunal. Il est loisible au tribunal d’affirmer que, même si les clauses d’arbitrage et d’élection de for sont acceptables lorsque des parties négociant à armes égales y consentent librement, *il est justifié d’examiner attentivement la réalité de l’accord dans le cas d’opérations de consommation et de formules types*, car de telles clauses contreviennent de prime abord à l’un des volets traditionnels de l’ordre public. [Italiques ajoutés.]

(Waddams (2012), p. 483; voir également Judith Resnik, « Procedure as Contract » (2005), 80 *Notre Dame L. Rev.* 593; Woodward, p. 46.)

[101] Les contraintes que les clauses d’élection de for imposent aux consommateurs et à leur accès à la justice ont fait couler beaucoup d’encre. Selon le professeur Edward Purcell, elles créent [TRADUCTION] « un déséquilibre flagrant » (Edward A. Purcell, Jr., « Geography as a Litigation Weapon : Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court » (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423, p. 514) qui va des coûts supplémentaires, des difficultés d’ordre logistique et des délais, aux effets psychologiques



to these constraints as “burdens of distance” or “burdens of geography”:

The deterrent effects of geography are numerous and weighty. The threshold task of merely retaining counsel in a distant location, which may seem routine to attorneys and judges, is profoundly daunting to ordinary people. The very decision to retain an attorney is so troublesome, in fact, that most claimants are content to accept a settlement without one. The result of that commonplace decision, as numerous studies have repeatedly shown, is that such claimants almost invariably obtain much less from their adversaries than they otherwise would. If claimants learn, perhaps from company representatives they contact, that they must retain an attorney in a distant contractual forum in order to initiate a legal action on their claims, that information alone may dissuade a significant number from proceeding and lead them to accept whatever offer, if any, the company might make.

Once litigation begins, the process quickly piles on additional burdens. One is the obvious need to travel and communicate over long distances, which makes the suit more costly as well as more inconvenient in terms of both litigation planning and client-attorney consultation. Another is the compounded costs and risks created by the attorney’s need to communicate with the client’s witnesses and to prepare them for depositions and trial testimony. The party may either have to pay additional travel costs for in-person meetings or risk the creation of potentially discoverable documents that could spur additional and costly motion practice and, if disclosed, weaken the party’s position in negotiations and at trial. A third burden is the likely additional delays involved in prosecuting the case, as distance and inconvenience combine to complicate various pretrial events and to remove from the attorney the spur of a human client who can or does present himself in person at his attorney’s office. A fourth burden is the added cost of participating in a distant trial, including the costs and risks involved in securing the attendance of witnesses at such a location. *All of these burdens will be especially heavy if the plaintiff’s*

dissuasifs. Le professeur Purcell qualifie ces contraintes « d’obstacles liés à l’éloignement » ou « d’obstacles géographiques » :

[TRADUCTION] Les effets dissuasifs de la réalité géographique sont nombreux et importants. La première tâche, celle de retenir les services d’un avocat dans un endroit éloigné, peut sembler assez simple à un avocat ou à un juge, mais elle est de nature à décourager le citoyen ordinaire. En fait, la décision même de retenir les services d’un avocat est tellement rebutante que la plupart des demandeurs acceptent volontiers un règlement sans avoir bénéficié au préalable de tels services. Selon les conclusions constantes de nombreuses études, la conséquence de cette décision courante est que ces demandeurs obtiennent presque toujours un règlement nettement inférieur à celui qu’ils auraient pu obtenir. Le seul fait d’apprendre par exemple d’un représentant de l’entreprise qu’il faudra, pour intenter un recours, retenir les services d’un avocat dans le ressort éloigné que désigne le contrat dissuade un grand nombre de personnes de saisir la justice et les amène à accepter toute offre éventuelle de l’entreprise.

Une fois l’instance engagée, les obstacles s’accumulent rapidement. L’un d’eux est la nécessité manifeste de longs déplacements et de communications à distance, laquelle fait grimper les coûts de la poursuite et complique la planification du déroulement de l’instance et les consultations avec l’avocat. Un autre réside dans les coûts et les risques accrus qu’entraîne l’obligation de l’avocat de communiquer avec les témoins pour les préparer à déposer sous serment et à témoigner au procès. Le demandeur pourrait devoir engager des frais de déplacement supplémentaires pour rencontrer des personnes ou courir le risque de créer des documents susceptibles d’entraîner des interrogatoires préalables, puis des requêtes supplémentaires coûteuses et, si leur contenu est dévoilé, de compromettre son pouvoir de négociation et ses chances d’avoir gain de cause au procès. Un troisième obstacle correspond aux délais supplémentaires dans le déroulement de l’instance, l’éloignement se conjuguant à l’inconfort pour compliquer les diverses étapes préalables au procès et soustraire l’avocat à l’effet stimulant de la présence physique d’un client susceptible de se présenter en personne au bureau ou qui s’y présente effectivement. Un quatrième obstacle

*claim arises from events in his home state and many or all of his witnesses reside there.*

A final burden is the risk that the cumulative effect of some or all of the preceding complications may combine to so hamper the party's trial preparations that he will ultimately feel compelled to "cave" on the court-house steps or end up putting on a materially weaker case than he otherwise would have. If settlement comes after full pretrial discovery and motion practice, costs will consume a larger proportion of any settlement payment. . . . The risks of geography increase the likelihood of such unfavorable outcomes, and that ultimate concern further compounds the pressures that push nonresident claimants toward earlier and less favorable settlements.

The burdens of geography are thus numerous and heavy. They are emotional as well as financial. Some are readily apparent, while others are subtle and surely unmeasurable. When placed on individuals who lack relevant interstate connections and experience or who lack extraordinary personal or financial resources, however, their *de facto* impact as a general matter is severe and certain. They impose sharp discounts on the value of the claims involved and discourage large numbers of plaintiffs from attempting to enforce their legal rights. [Emphasis added; pp. 446-49.]

(See also Catherine Walsh, "The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts" (2010), 60 *U.N.B.L.J.* 12, at p. 20.)

[102] As Prof. William Woodward has observed:

. . . unless the case is a large one or the "chosen" forum convenient, a choice-of-forum clause can eliminate a customer's legal claim entirely. Only in theory can a customer make a cross-country trip to pursue a \$100 warranty claim. [p. 17]

correspond au coût de la participation à un procès qui se déroule au loin, notamment les frais et les risques liés à la présence de témoins en ce lieu éloigné. *Tous ces obstacles sont encore plus grands lorsque l'action découle d'événements survenus dans le pays d'origine du demandeur et que bon nombre de ses témoins ou la totalité y résident.*

Un dernier obstacle réside dans le risque que l'effet cumulatif de tout ou partie de ces complications nuise à la préparation du procès de sorte que le demandeur en arrive finalement à renoncer au dernier moment ou qu'il défende sa thèse moins bien qu'il l'aurait pu. Si un règlement intervient après la communication de la preuve et la présentation de requêtes préalables, les coûts ainsi occasionnés grugeront une grande partie de la somme obtenue. [. . .] L'éloignement accroît le risque d'un tel dénouement défavorable et ajoute à la pression qui pousse le demandeur non résident à accepter plus rapidement un moins bon règlement.

Les obstacles géographiques sont donc nombreux et considérables. Ils jouent sur les plans émotionnel et financier. Certains sont évidents, alors que d'autres sont subtils et impossibles à mesurer. Or, lorsqu'ils se dressent devant une personne qui n'a pas de liens ou d'expérience interétatiques ou qui ne dispose pas de ressources personnelles et financières considérables, ils ont généralement dans les faits des conséquences graves et inévitables. Ils obligent les demandeurs à réduire considérablement la somme réclamée et dissuadent bon nombre d'entre eux de tenter de faire respecter leurs droits. [Italiques ajoutés; p. 446-449.]

(Voir également Catherine Walsh, « The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts » (2010), 60 *R.D. U.N.-B.* 12, p. 20.)

[102] Le professeur William Woodward fait les observations suivantes :

[TRADUCTION] . . . à moins qu'il ne s'agisse d'une affaire de grande envergure ou que le ressort « choisi » convienne au client, la clause d'élection de for peut supprimer son droit d'action en totalité. Il peut en principe traverser le pays pour réclamer les 100 \$ auxquels sa garantie lui donne droit, mais c'est peu probable qu'il le fasse. [par. 17]

[103] These concerns are what motivated the statutory protections found in art. 3149 of the *Civil Code of Québec*, which render forum selection clauses in consumer or employment contracts unenforceable:

**3149.** Québec authorities also have jurisdiction to hear an action based on a consumer contract or a contract of employment if the consumer or worker has his domicile or residence in Québec; the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him.

[104] In general, then, when online consumer contracts of adhesion contain terms that unduly impede the ability of consumers to vindicate their rights in domestic courts, particularly their quasi-constitutional or constitutional rights, in my view, public policy concerns outweigh those favouring enforceability of a forum selection clause.

[105] Public policy concerns relating to access to domestic courts are especially significant in this case given that we are dealing with a fundamental right like privacy. In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, [2013] 3 S.C.R. 733, this Court acknowledged the quasi-constitutional status of legislation relating to privacy protection:

The ability of individuals to control their personal information is intimately connected to their individual autonomy, dignity and privacy. These are fundamental values that lie at the heart of a democracy. As this Court has previously recognized, legislation which aims to protect control over personal information should be characterized as “quasi-constitutional” because of the fundamental role privacy plays in the preservation of a free and democratic society . . . [para. 19]

[106] The *Privacy Act* in British Columbia sought to protect individuals from invasions of privacy by introducing two new torts:

[103] Ces sujets de préoccupation sont à l’origine de la protection légale prévue à l’art. 3149 du *Code civil du Québec*, qui rend inexécutoire la clause d’élection de for stipulée dans un contrat de consommation ou de travail :

**3149.** Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d’une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.

[104] En général, donc, lorsqu’un contrat d’adhésion en matière de consommation conclu en ligne renferme des conditions qui compromettent indûment la faculté qu’a le consommateur de faire valoir ses droits devant les tribunaux nationaux, surtout s’il s’agit de droits quasi constitutionnels ou constitutionnels, j’estime que les considérations liées à l’ordre public l’emportent sur celles qui militent en faveur du caractère exécutoire d’une clause d’élection de for.

[105] Les considérations liées à l’ordre public et à l’accès aux tribunaux nationaux sont d’autant plus importantes en l’espèce qu’un droit fondamental comme celui au respect de la vie privée est en jeu. Dans l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 R.C.S. 733, par exemple, la Cour reconnaît la nature quasi constitutionnelle d’une loi ayant vocation à protéger la vie privée :

[L]a faculté d’une personne d’exercer un tel droit est intimement liée à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée. Il s’agit de valeurs fondamentales qui se situent au cœur de toute démocratie. Ainsi que la Cour l’a déjà reconnu, une loi qui vise à protéger un droit de regard sur des renseignements personnels devrait être qualifiée de « quasi constitutionnelle » en raison du rôle fondamental que joue le respect de la vie privée dans le maintien d’une société libre et démocratique . . . [par. 19]

[106] La *Privacy Act* de la Colombie-Britannique crée deux délits civils afin de protéger le citoyen contre les atteintes à la vie privée :

- Using the name or portrait of another person for the purpose of advertising property or services, or promoting their sale or other trading in them, without that person's consent; [s. 3(2)]
- Wilfully violating the privacy of another person. [s. 1(1)]
- l'utilisation du nom ou de l'image d'autrui en vue de faire la publicité de biens ou de services, ou de promouvoir leur vente ou leur échange, mais sans obtention préalable du consentement de l'intéressé; [par. 3(2)]
- l'atteinte délibérée à la vie privée d'autrui. [par. 1(1)]

[107] Section 4 of the *Privacy Act* states that these torts “must be heard and determined by the Supreme Court” despite anything contained in another Act. Section 4 is a statutory recognition that privacy rights under the British Columbia *Privacy Act* are entitled to protection in British Columbia by judges of the British Columbia Supreme Court. I do not, with respect, accept Facebook's argument that s. 4 gives the Supreme Court of British Columbia exclusive jurisdiction only vis-à-vis other courts *within* the province of British Columbia. What s. 4 grants is exclusive jurisdiction to the Supreme Court of British Columbia to the exclusion not only of other courts in British Columbia, but to the exclusion of all other courts, within and outside British Columbia. That is what exclusive jurisdiction means.

[108] Where a legislature grants exclusive jurisdiction to the courts of its own province, it overrides forum selection clauses that may direct the parties to another forum (see *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 25). It would, in my respectful view, be contrary to public policy to enforce a forum selection clause in a consumer contract that has the effect of depriving a party of access to a statutorily mandated court. To decide otherwise means that a clear legislative intention can be overridden by a forum selection clause. This flies in the face of *Pompey's* acknowledgment that legislation takes precedence over a forum selection clause (*Pompey*, at para. 39).

[109] The approach used by Wittmann A.C.J.Q.B. in *Zi Corp. v. Steinberg* (2006), 396 A.R. 157, is apposite. The Alberta Court of Queen's Bench declined to enforce a forum selection clause mandating

[107] L'article 4 de la *Privacy Act* précise que [TRADUCTION] « la Cour suprême connaît de toute action » relative à ces délits civils malgré les dispositions de toute autre loi. Le législateur y reconnaît que les droits à la vie privée conférés par la *Privacy Act* bénéficient dans la province de la protection des juges de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Soit dit en tout respect, je ne retiens pas l'argument de Facebook selon lequel l'art. 4 ne confère à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une compétence exclusive que par rapport aux autres tribunaux siégeant *dans* la province. L'article confère à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une compétence exclusive qui écarte non seulement la compétence des autres tribunaux de la province, mais aussi celle de tout autre tribunal non britanno-colombien. C'est ce qu'il faut entendre par compétence exclusive.

[108] L'octroi par le législateur d'une compétence exclusive aux tribunaux de sa propre province l'emporte sur toute clause d'élection de for qui désigne un autre tribunal (voir *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 25). Donner effet à la clause d'élection de for d'un contrat de consommation qui empêche une partie de saisir le tribunal désigné par la loi irait, à mon humble avis, à l'encontre de l'ordre public. Conclure le contraire voudrait dire que l'on peut, au moyen d'une clause d'élection de for, se soustraire à l'intention claire du législateur. Cela contredirait la reconnaissance par la Cour dans l'arrêt *Pompey* du fait que les dispositions de la loi l'emportent sur la clause d'élection de for (*Pompey*, par. 39).

[109] L'approche privilégiée par le juge en chef adjoint Wittmann dans *Zi Corp. c. Steinberg* (2006), 396 A.R. 157, vaut d'être signalée. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta refuse de donner effet à la

proceedings in Florida, because s. 180(1)<sup>1</sup> of the Alberta *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, granted jurisdiction to the Court of Queen's Bench for applications under that provision. Wittmann A.C.J.Q.B. concluded that the effect of giving jurisdiction to the Court of Queen's Bench meant that it had exclusive jurisdiction *both within and outside Alberta*. In reaching his conclusion, Wittmann A.C.J.Q.B. relied on years of jurisprudence interpreting similar provisions as granting exclusive jurisdiction to the courts of a particular province to hear claims for oppression remedies (see also *Gould v. Western Coal Corp.* (2012), 7 B.L.R. (5th) 19 (Ont. S.C.J.), at paras. 319-39; *Ironrod Investments Inc. v. Enquest Energy Services Corp.*, 2011 ONSC 308; *Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.* (2001), 20 B.L.R. (3d) 289 (Ont. S.C.J.), at paras. 112-17, aff'd (2003), 63 O.R. (3d) 431 (C.A.); *Takefman v. Golden Hope Mines Ltd.*, 2015 QCCS 4947; *Nord Resources Corp. v. Nord Pacific Ltd.* (2003), 37 B.L.R. (3d) 115 (N.B.Q.B)).

<sup>1</sup> Section 180(1) of the *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, stated:

**180(1)** On the application of an interested person, the Court of Queen's Bench, where it is satisfied that a person or company has not complied with this Part or the regulations made in respect of this Part, may make an interim or final order

- (a) compensating any interested person who is a party to the application for damages suffered as a result of a contravention of this Part or the regulations made in respect of this Part;
- (b) rescinding a transaction with any interested person, including the issue of a security or a purchase and sale of a security;
- (c) requiring any person or company to dispose of any securities acquired pursuant to or in connection with a bid;
- (d) prohibiting any person or company from exercising any or all of the voting rights attaching to any securities;
- (e) requiring the trial of an issue;
- (f) respecting any matter not referred to in clauses (a) to (e) that the Court considers proper.

clause d'élection de for qui oblige les parties à tenter toute poursuite éventuelle en Floride. Elle estime en effet que le par. 180(1)<sup>1</sup> de la *Securities Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, c. S-4, lui confère le pouvoir de connaître des demandes fondées sur cette disposition. Le juge Wittmann en conclut que la Cour du Banc de la Reine est investie d'une compétence exclusive *tant en Alberta qu'à l'extérieur* de la province. Il arrive à cette conclusion à partir des décisions dans lesquelles, au fil des ans, les tribunaux ont vu dans des dispositions similaires l'octroi aux tribunaux d'une province d'une compétence exclusive pour connaître des demandes de réparation pour abus de droit (voir aussi *Gould c. Western Coal Corp.* (2012), 7 B.L.R. (5th) 19 (C.S.J. Ont.), par. 319-339; *Ironrod Investments Inc. c. Enquest Energy Services Corp.*, 2011 ONSC 308; *Incorporated Broadcasters Ltd. c. Canwest Global Communications Corp.* (2001), 20 B.L.R. (3d) 289 (C.S.J. Ont.), par. 112-117, conf. par (2003), 63 O.R. (3d) 431 (C.A.), *Takefman c. Golden Hope Mines Ltd.*, 2015 QCCS 4947; *Nord Resources Corp. c. Nord Pacific Ltd.* (2003), 37 B.L.R. (3d) 115 (B.R. N.-B.)).

<sup>1</sup> Le paragraphe 180(1) de la *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, dispose :

[TRADUCTION]

**180(1)** À la demande d'un intéressé, si elle est convaincue qu'une personne physique ou morale ne s'est pas conformée à la présente partie ou aux règlements pris sous son régime, la Cour du Banc de la Reine peut rendre une ordonnance provisoire ou définitive

- (a) indemnisant un intéressé qui est partie à la demande des dommages subis par suite du non-respect de la présente partie ou des règlements pris sous son régime;
- (b) annulant une opération intervenue avec un intéressé, y compris l'émission ou l'acquisition et la vente d'une valeur mobilière;
- (c) enjoignant à une personne physique ou morale de se départir de valeurs mobilières acquises dans le cadre d'une offre publique d'achat ou de rachat ou en lien avec une telle offre;
- (d) interdisant à une personne physique ou morale d'exercer la totalité ou une partie des droits de vote rattachés à des valeurs mobilières;
- (e) exigeant l'examen judiciaire d'une question;
- (f) statuant sur toute autre chose non visée aux alinéas a) à e) sur laquelle la Cour estime indiqué de statuer.

[110] Any uncertainty about the legislature’s intention that privacy rights under the British Columbia *Privacy Act* be heard by the Supreme Court in British Columbia is dispelled by the introductory words in s. 4: “Despite anything contained in another Act . . .”. That reflects a clear statutory intention that exclusive jurisdiction over the enforcement of the *Privacy Act* be retained by the Supreme Court despite what any other legislation states. It would defy logic to think that the legislature sought to protect the British Columbia Supreme Court’s exclusivity from the reach of other statutes, but not from the reach of forum selection clauses in private contracts.

[111] Tied to these public policy concerns is the “grossly uneven bargaining power” of the parties. Facebook is a multi-national corporation which operates in dozens of countries. Ms. Douez, a videographer, is a private citizen. She had no input into the terms of the contract and, in reality, no meaningful choice as to whether to accept them given Facebook’s undisputed indispensability to online conversations. As Prof. Cheryl Preston noted: “. . . if one’s family, friends, and business associates are on Facebook . . . using a competitor’s service is not a reasonable choice” (Cheryl B. Preston, “Please Note: You Have Waived Everything”: Can Notice Redeem Online Contracts?” (2015), 64 *Am. U. L. Rev.* 535, at p. 554).

[112] The doctrine of unconscionability, a close jurisprudential cousin to both public policy and gross bargaining disparity, also applies to render the forum selection clause unenforceable in this case.

[113] This Court confirmed in *Tercon* that unconscionability can be used to invalidate a single clause within an otherwise enforceable contract (*Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 122).

[110] Le libellé introductif de l’art. 4 ([TRADUCTION] « Malgré les dispositions de toute autre loi . . . ») dissipe toute incertitude concernant la volonté du législateur que la Cour suprême de la Colombie-Britannique connaisse de toute action relative aux droits à la vie privée garantis par la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique. Cette disposition traduit clairement la volonté du législateur que ce tribunal ait compétence exclusive pour appliquer la Loi, malgré les dispositions de toute autre loi. Il serait absurde que le législateur ait voulu mettre la compétence exclusive de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à l’abri des autres lois, mais pas des clauses d’élection de for dans les contrats privés.

[111] À ces considérations d’ordre public s’ajoute le « pouvoir de négociation très inégal des parties ». Facebook est une multinationale présente dans des dizaines de pays. M<sup>me</sup> Douez est vidéaste et simple citoyenne. Elle n’a eu aucun mot à dire sur les conditions du contrat et, de fait, elle n’a pas vraiment eu d’autre choix que de les accepter étant donné le fait incontesté que l’utilisation de Facebook est indispensable dans les échanges en ligne. La professeure Cheryl Preston fait d’ailleurs observer qu’[TRADUCTION] « une personne dont la famille, les amis et les associés sont membres de Facebook ne saurait raisonnablement avoir recours aux services d’un concurrent » (Cheryl B. Preston, « “Please Note : You Have Waived Everything” : Can Notice Redeem Online Contracts? » (2015), 64 *Am. U. L. Rev.* 535, p. 554).

[112] Proche cousine jurisprudentielle des notions d’ordre public et de déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation, la doctrine de l’iniquité s’applique elle aussi de manière à rendre la clause d’élection de for inexécutoire en l’espèce.

[113] Dans *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 122, la Cour confirme que la doctrine de l’iniquité peut être invoquée pour invalider une seule clause d’un contrat par ailleurs exécutoire.

[114] As Prof. McCamus notes, the doctrine of unconscionability is a useful tool for addressing the enforceability of some clauses in consumer contracts of adhesion:

... the doctrine of the unconscionable term may provide a common law device, long awaited by some, that can ameliorate the harsh impact of unfair terms in boilerplate or “adhesion” contracts, offered particularly in the context of consumer transactions on a take-it-or-leave-it basis. [Footnote omitted; p. 444.]

(See also Jean Braucher, “Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State” (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 382.)

[115] Two elements are required for the doctrine of unconscionability to apply: inequality of bargaining powers and unfairness. Prof. McCamus describes them as follows:

... one must establish both inequality of bargaining power in the sense that one party is incapable of adequately protecting his or her interests *and* undue advantage or benefit secured as a result of that inequality by the stronger party. [Emphasis added; pp. 426-27.]

[116] In my view, both elements are met here. The inequality of bargaining power between Facebook and Ms. Douez in an online contract of adhesion gave Facebook the unilateral ability to require that any legal grievances Ms. Douez had, could not be vindicated in British Columbia where the contract was made, but only in California where Facebook has its head office. This gave Facebook an unfair and overwhelming procedural — and potentially substantive — benefit. This, to me, is a classic case of unconscionability.

[117] For all these reasons, the forum selection clause is unenforceable under the first step of the *Pompey* test.

[114] Comme le signale le professeur McCamus, la doctrine de l’iniquité est fort utile lorsqu’il s’agit de se prononcer sur le caractère exécutoire de certaines clauses d’un contrat d’adhésion en matière de consommation :

[TRADUCTION] ... la doctrine de l’iniquité d’une condition peut offrir un moyen que certains attendent depuis longtemps d’atténuer en common law l’effet draconien des conditions injustes dans un contrat standard ou « d’adhésion », spécialement lorsque le consommateur n’a eu d’autre choix que de les accepter ou non. [Note en bas de page omise; p. 444.]

(Voir également Jean Braucher, « Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 382.)

[115] Deux éléments sont requis pour que s’applique la doctrine de l’iniquité : l’inégalité du pouvoir de négociation et l’injustice. Le professeur McCamus précise :

[TRADUCTION] ... il faut prouver à la fois l’inégalité du pouvoir de négociation au sens où l’une des parties ne peut protéger adéquatement ses intérêts *et* l’avantage indu obtenu par la partie dominante grâce à cette inégalité. [Italiques ajoutés; p. 426-427.]

[116] J’estime que les deux éléments sont réunis. L’inégalité du pouvoir de négociation de Facebook et de M<sup>me</sup> Douez face à un contrat d’adhésion conclu en ligne a conféré à Facebook la faculté unilatérale d’exiger de M<sup>me</sup> Douez qu’elle fasse valoir toute réclamation juridique non pas en Colombie-Britannique, où le contrat est intervenu, mais seulement en Californie, où se trouve le siège social de Facebook. Il en résulte pour cette dernière un avantage injuste et écrasant sur le plan procédural et, peut-être, substantiel. Il s’agit à mon sens d’un cas classique d’iniquité.

[117] Pour toutes ces raisons, la clause d’élection de for est inexécutoire au regard du premier critère du test de l’arrêt *Pompey*.

[118] I would allow the appeal with costs throughout and dismiss Facebook’s application for a stay of proceedings.

The reasons of McLachlin C.J. and Moldaver and Côté JJ. were delivered by

[119] THE CHIEF JUSTICE AND CÔTÉ J. (dissenting) — The respondent, Facebook, Inc., is a successful global corporation based in California. It operates a social media website (www.facebook.com) used by millions of users throughout the world. Facebook’s website allows users to establish their own “facebook”, through which they communicate with “friends”, with whom they share news, information, opinions, photos and videos.

[120] To become a Facebook user, a person must enter into a contract with Facebook. The appellant, Deborah Louise Douez wanted to become a Facebook user. When Ms. Douez chose to sign up as a user of Facebook, she agreed to Facebook’s terms of use, which included a forum selection clause. A version of the clause provides:

You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in a state or federal court located in Santa Clara County. The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions. You agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County, California for purpose of litigating all such claims. [A.R., vol. II, at p. 138]

[121] Ms. Douez wants to start a class action against Facebook. She says that Facebook used her name and face in an advertising product called “Sponsored Stories”, without her consent, contrary to s. 3(2) of the *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, which creates a statutory tort of invasion of privacy. Facebook, for its part, says it obtained Ms. Douez’s consent through the “terms of use” to which she consented in her contract with Facebook.

[118] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de rejeter la demande de suspension de Facebook.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver et Côté rendus par

[119] LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CÔTÉ (dissidentes) — L’intimée, Facebook, Inc., est une multinationale florissante dont le siège est situé en Californie. Elle exploite un site Web de média social (www.facebook.com) comptant des millions d’utilisateurs partout dans le monde. Son site Web permet aux utilisateurs d’établir leur propre « facebook » grâce auquel ils communiquent avec leurs « amis » pour partager nouvelles, information, opinions, photos et vidéos.

[120] Pour devenir utilisateur de Facebook, il faut conclure un contrat avec l’entreprise. Désireuse de devenir membre de Facebook, l’appelante, Deborah Louise Douez, a décidé de s’inscrire et, ce faisant, elle a accepté les conditions d’utilisation du réseau social, dont une clause d’élection de for. Voici une version de cette clause :

[TRADUCTION] Vous porterez toute plainte, action en justice ou contestation (« action ») contre nous afférente à cette Déclaration ou à Facebook, exclusivement devant un tribunal d’État ou un tribunal fédéral du comté de Santa Clara. Le droit de l’État de Californie régit cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois. Vous acceptez de respecter la compétence de ces tribunaux dans le cadre de telles actions. [d.a., vol. II, p. 138]

[121] M<sup>me</sup> Douez souhaite intenter un recours collectif contre Facebook. Elle affirme que l’entreprise a utilisé son nom et son visage dans un produit publicitaire appelé « actualités sponsorisées » (« *Sponsored Stories* ») sans son consentement, contrevenant ainsi au par. 3(2) de la *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, qui crée un délit civil d’atteinte à la vie privée. Pour sa part, Facebook dit avoir obtenu le consentement de M<sup>me</sup> Douez lors de son acceptation des « conditions d’utilisation ».



[122] The question on this appeal concerns the place where the lawsuit should be heard. Facebook argues that the dispute must be tried before a state or federal court in Santa Clara County, California, as Ms. Douez agreed to in her contract with Facebook. Ms. Douez, on the other hand, argues that the lawsuit should be tried in British Columbia. She does not dispute that she agreed by contract to have all disputes with Facebook tried in California. However, she argues that the clause should not be enforced against her.

[123] The issue assumes great importance in a world where millions of people routinely enter into online contracts with corporations, large and small, located in other countries. Often these contracts contain a forum selection clause, specifying that any disputes must be resolved by the corporation's choice of court. In this way, global corporations, be they American, Canadian or from some other country, seek to ensure that they are not dragged into litigation in foreign countries.

[124] The principles of private international law support the enforcement of forum selection clauses, while recognizing that in exceptional cases courts may decline to enforce them. Forum selection clauses provide certainty and predictability in cross-border transactions. When parties agree to a jurisdiction for the resolution of disputes, courts will give effect to that agreement, unless the claimant establishes "strong cause" for not doing so.

[125] We see no need to depart from the settled principles of private international law on forum selection clauses — principles repeatedly confirmed by courts around the world, including the Supreme Court of Canada. The simple question in this case, as we see it, is whether Ms. Douez has shown "strong cause" for not enforcing the forum selection clause to which she agreed. We agree with the Court of Appeal of British Columbia that strong cause has not been shown, and that the action must

[122] La Cour est appelée à décider du ressort dans lequel la poursuite devrait être intentée. Facebook soutient que l'action devrait être intentée devant un tribunal d'État ou un tribunal fédéral du comté de Santa Clara, en Californie, comme M<sup>me</sup> Douez s'y est engagée dans son contrat. M<sup>me</sup> Douez prétend qu'elle devrait saisir un tribunal de la Colombie-Britannique. Elle ne nie pas avoir convenu par contrat d'intenter toute poursuite contre Facebook en Californie, mais elle fait valoir que la clause n'est pas exécutoire à son égard.

[123] La question revêt une grande importance dans un monde où des millions de personnes concluent couramment des contrats en ligne avec des entreprises, grandes ou petites, situées à l'étranger. Ces contrats renferment souvent une clause d'élection de for précisant que tout litige sera résolu par les tribunaux du ressort choisi par l'entreprise. De cette façon, les multinationales, qu'elles soient américaines, canadiennes ou autres, cherchent ainsi à faire en sorte de ne pas être engagées dans des procès à l'étranger.

[124] Les principes du droit international privé tendent à conférer un caractère exécutoire aux clauses d'élection de for tout en reconnaissant que, dans certaines circonstances exceptionnelles, les tribunaux peuvent refuser de leur donner effet. Ces clauses offrent certitude et prévisibilité dans le cadre d'opérations transfrontalières. Lorsque les parties conviennent d'un ressort pour le règlement de leurs différends, les tribunaux donnent effet à cet accord à moins que le demandeur n'établisse l'existence de « motifs sérieux » de ne pas le faire.

[125] Nul n'est besoin, selon nous, de rompre avec les principes établis du droit international privé concernant les clauses d'élection de for, des principes que des tribunaux à travers le monde, y compris la Cour suprême du Canada, ont à maintes reprises confirmés. À notre avis, la seule question à trancher en l'espèce est celle de savoir si M<sup>me</sup> Douez a établi qu'il existe des « motifs sérieux » de ne pas donner effet à la clause d'élection de for qu'elle a acceptée. Nous convenons

be tried in California, as the contract requires. A stay of the underlying claim should be entered.

#### I. Forum Selection Clauses and *Forum Non Conveniens*

[126] The test for the enforcement of forum selection clauses in contracts was settled by this Court 14 years ago in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450. The inquiry proceeds in two steps. First, the court must determine whether the forum selection clause is enforceable and applies to the circumstances: *Pompey*, at para. 39; *Preymann v. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391, at para. 43. Second, the court must assess whether there is strong cause in favour of denying a stay, despite the enforceable forum selection clause: *Pompey*, at paras. 19 and 39.

[127] Ms. Douez argues that the courts should not apply the settled *Pompey* test to her case. Instead, she argues, they should consider the forum selection clause within the context of the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28 (“*CJPTA*”). We disagree.

[128] Section 11 of the *CJPTA* outlines the circumstances in which a court may decline jurisdiction where there is a more appropriate forum. It deals with the situation where two different courts have jurisdiction, and provides instructions to settle which of the two courts should take jurisdiction. It provides:

**11** (1) After considering the interests of the parties to a proceeding and the ends of justice, a court may decline to exercise its territorial competence in the proceeding on the ground that a court of another state is a more appropriate forum in which to hear the proceeding.

avec la Cour d’appel de la Colombie-Britannique que l’existence de motifs sérieux n’a pas été établie et que l’action doit être entendue en Californie, comme le stipule le contrat. L’action de M<sup>me</sup> Douez devrait faire l’objet d’une suspension d’instance.

#### I. Clause d’élection de for et *forum non conveniens*

[126] Le test qui permet de décider s’il convient de donner effet à la clause d’élection de for contenue dans un contrat a été établi par la Cour il y a 14 ans dans l’arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450. Il donne lieu à une analyse en deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si la clause d’élection de for est exécutoire et s’applique dans les circonstances (*Pompey*, par. 39; *Preymann c. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391, par. 43). Deuxièmement, le tribunal doit se demander s’il existe des motifs sérieux de refuser de suspendre l’instance malgré le caractère exécutoire de la clause d’élection de for (*Pompey*, par. 19 et 39).

[127] M<sup>me</sup> Douez fait valoir que ce test établi dans *Pompey* ne devrait pas s’appliquer en l’espèce et que le tribunal devrait plutôt se prononcer sur la clause d’élection de for au regard de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28 (« *CJPTA* »). Nous ne sommes pas d’accord.

[128] L’article 11 de la *CJPTA* précise les circonstances dans lesquelles un tribunal peut décliner compétence parce qu’un autre for est plus approprié. Il s’applique lorsque deux tribunaux ont compétence et il circonscrit la démarche à l’issue de laquelle l’un des deux est jugé compétent. En voici le libellé :

[TRADUCTION]

**11** (1) Après avoir pris en considération l’intérêt des parties à une instance et les fins de la justice, le tribunal peut refuser d’exercer sa compétence territoriale à l’égard d’une instance si, à son avis, il conviendrait mieux qu’un tribunal d’un autre État soit saisi de l’affaire.

(2) A court, in deciding the question of whether it or a court outside British Columbia is the more appropriate forum in which to hear a proceeding, must consider the circumstances relevant to the proceeding, including

- (a) the comparative convenience and expense for the parties to the proceeding and for their witnesses, in litigating in the court or in any alternative forum,
- (b) the law to be applied to issues in the proceeding,
- (c) the desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings,
- (d) the desirability of avoiding conflicting decisions in different courts,
- (e) the enforcement of an eventual judgment, and
- (f) the fair and efficient working of the Canadian legal system as a whole.

As this Court noted in *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321, at para. 22, “[s.] 11 of the *CJPTA* . . . constitutes a complete codification of the common law test for *forum non conveniens*. It admits of no exceptions.”

[129] This code for deciding which of two available jurisdictions should, as a matter of convenience, take jurisdiction, does not apply to oust forum selection clauses. Where the parties have agreed in advance to a choice of forum, there is no need to inquire into which of two forums is the more convenient; the parties have settled the matter by their contract, unless the contractual clause is invalid or inapplicable (the first step of the *Pompey* test) or should not be applied because the plaintiff has shown strong cause not to do so (the second step of the *Pompey* test). In such cases, the duty of the court is to enforce the contractual agreement, unless the plaintiff shows strong cause otherwise.

[130] What Ms. Douez suggests, in effect, is that the two-part *Pompey* test be changed for a unified test that would apply forum selection clauses as an element of the *forum non conveniens* test. This

(2) Le tribunal qui détermine si c’est lui ou un tribunal de l’extérieur de la Colombie-Britannique qui constitue le ressort le plus approprié pour entendre l’affaire doit prendre en considération les circonstances pertinentes à l’instance, notamment :

- (a) le coût et la commodité pour les parties à l’instance et leurs témoins d’être entendus dans ce ressort ou dans un autre;
- (b) la loi à appliquer aux questions en litige;
- (c) l’opportunité d’éviter la multiplicité des instances;
- (d) l’opportunité d’éviter le prononcé de décisions contradictoires par différents tribunaux;
- (e) l’exécution d’un jugement éventuel;
- (f) l’équité et l’efficacité du système judiciaire canadien dans son ensemble.

Comme l’a fait remarquer la Cour dans *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd’s Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321, par. 22, « [l’art.] 11 de la *CJPTA* codifie [. . .] entièrement la règle du *forum non conveniens* de la common law. Il n’admet aucune exception. »

[129] Cette règle présidant à la détermination du ressort au regard de la commodité ne permet pas d’écarter une clause d’élection de for. Lorsque les parties se sont entendues au préalable sur un ressort, il n’y a pas lieu de se demander lequel de deux ressorts convient le plus; elles ont réglé la question par leur contrat, sous réserve de l’invalidité ou du caractère inapplicable de la clause contractuelle (le premier volet du test de l’arrêt *Pompey*) ou de l’existence — établie par le demandeur — de motifs sérieux de ne pas lui donner effet (le deuxième volet du test de l’arrêt *Pompey*). En présence d’une telle clause, le tribunal doit donner effet à l’accord contractuel à moins que le demandeur n’établisse l’existence de motifs sérieux de ne pas le faire.

[130] Ce que propose M<sup>me</sup> Douez, en réalité, est de remplacer le test à deux volets de l’arrêt *Pompey* par un test unifié intégrant l’analyse relative à la clause d’élection de for à celle du *forum*

Court rejected this very contention in *Pompey*. Justice Bastarache stated that he was “not convinced that a unified approach to *forum non conveniens*, where a choice of jurisdiction clause constitutes but one factor to be considered, is preferable” (para. 21). He shared the concerns expressed by author, Edwin Peel that such an approach would not give full weight to forum selection clauses because other factors weigh in the balance — factors that the parties must be deemed already to have considered when they agreed to a forum selection clause: E. Peel, “Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws”, [1998] *L.M.C.L.Q.* 182.

[131] We therefore agree with the British Columbia and Saskatchewan Courts of Appeal that *Pompey* continues to apply when the courts consider forum selection clauses: see *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570, at para. 14; *Preymann*, at para. 39; *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156, at paras. 112-14; *Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146, at para. 10. While the *CJPTA* is a complete codification of the common law related to *forum non conveniens*, it does not supplant the common law principles underlying the enforcement of forum selection clauses. Where the parties have agreed to a forum selection clause, the court must apply that clause unless the test in *Pompey* is satisfied. If the test is satisfied and the forum selection clause is inapplicable, the result is a situation where there are two competing possibilities for forum. At this point, the *CJPTA* which codifies the common law provisions for *forum non conveniens* applies.

[132] *Pompey* is considered first. Since we conclude that the test in *Pompey* is not satisfied, s. 11 of the *CJPTA* does not assist Ms. Douez.

*non conveniens*. Or, c’est cela même que la Cour a rejeté dans l’arrêt *Pompey*. Le juge Bastarache a dit en effet ne pas être « convaincu qu’il serait préférable d’adopter, relativement au *forum non conveniens*, une démarche unique qui considérerait l’existence d’une clause attributive de compétence simplement comme un facteur parmi d’autres » (par. 21). De même que l’auteur Edwin Peel, il craignait qu’une telle démarche n’accorde pas toute l’importance voulue à la clause d’élection de for à cause de la mise en balance avec d’autres facteurs, des facteurs que les parties doivent être réputées avoir pris en compte lorsqu’elles ont convenu de la clause d’élection de for (E. Peel, « Exclusive jurisdiction agreements : purity and pragmatism in the conflict of laws », [1998] *L.M.C.L.Q.* 182).

[131] Nous convenons donc avec les cours d’appel de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan que l’arrêt *Pompey* continue de s’appliquer lorsqu’un tribunal est appelé à se prononcer sur une clause d’élection de for (voir *Viroforce Systems Inc. c. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570, par. 14; *Preymann*, par. 39; *Frey c. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156, par. 112-114; *Hudye Farms Inc. c. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146, par. 10). Bien que la *CJPTA* codifie entièrement la règle du *forum non conveniens* de la common law, elle n’a pas préséance sur les principes de common law qui sous-tendent l’application d’une clause d’élection de for. La cour doit donner effet à la clause d’élection de for dont les parties ont convenu, à moins qu’il ne soit satisfait au test de l’arrêt *Pompey*. Lorsqu’il est satisfait à ce test et que la clause d’élection de for est inexécutoire, deux ressorts concurrents sont susceptibles d’avoir compétence. C’est à ce moment que s’applique la *CJPTA*, qui codifie la règle du *forum non conveniens* de la common law.

[132] Le test de l’arrêt *Pompey* s’applique en premier. Comme nous estimons qu’il n’y est pas satisfait, M<sup>me</sup> Douez ne peut bénéficier de l’art. 11 de la *CJPTA*.

## II. Step One: Is the Forum Selection Clause Enforceable?

[133] Having rejected Ms. Douez's contention that the *Pompey* test should be rolled into the codified provisions for *forum non conveniens*, the next step is to apply the two-part *Pompey* framework.

[134] The first step in the *Pompey* test asks whether the forum selection clause is enforceable and applies in the circumstances. Facebook bears the burden of establishing this. In our opinion, Facebook has discharged this burden. On its face, the answer is affirmative. The language of the clause is clear and appears to cover all disputes, including this one.

[135] Ms. Douez suggests three reasons why the forum selection clause is invalid or inapplicable to her situation. None of them withstand scrutiny. First, she argues that the forum selection clause was not brought to her attention. Second, she argues that the terms of use are unclear. Third, she argues that s. 4 of the *Privacy Act* renders the forum selection clause unenforceable. Abella J. adds a fourth; that the forum selection clause offends public policy. In our view, these arguments are not persuasive.

[136] The first argument is that the forum selection clause is unenforceable because Ms. Douez was simply invited to give her consent to the clause by clicking on it, without her attention being drawn to its specific language. In other words, she is not bound because electronic clicking without more does not indicate her agreement to the forum selection clause.

[137] We cannot accede to this submission. In *British Columbia*, s. 15(1) of the *Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, codifies the common law rule set out in *Rudder v. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (Ont. S.C.J.), and establishes that an enforceable contract may be formed by clicking an appropriately designated online icon:

## II. Première étape : la clause d'élection de for est-elle exécutoire?

[133] Comme nous avons conclu au rejet de la thèse de M<sup>me</sup> Douez selon laquelle le test de l'arrêt *Pompey* devrait être intégré à la codification du *forum non conveniens*, l'étape suivante consiste à recourir au cadre analytique en deux volets issu de l'arrêt *Pompey*.

[134] Dans un premier temps, il faut se demander si la clause d'élection de for est exécutoire et si elle s'applique dans les circonstances. Il incombe à Facebook d'établir que tel est le cas. Selon nous, Facebook s'est acquittée de son fardeau. À première vue, il convient de répondre par l'affirmative. Le libellé de la clause est clair et vise manifestement tous les différends, y compris celui à l'origine du présent pourvoi.

[135] M<sup>me</sup> Douez soutient que la clause d'élection de for est invalide ou inapplicable à son égard pour trois raisons. Aucune de ces raisons ne résiste à l'examen. Premièrement, la clause n'aurait pas été portée à son attention. Deuxièmement, les conditions d'utilisation ne seraient pas claires. Troisièmement, l'art. 4 de la *Privacy Act* rendrait la clause inexécutoire. La juge Abella ajoute une quatrième raison : la clause serait contraire à l'ordre public. Selon nous, aucune de ces raisons n'est convaincante.

[136] Suivant le premier argument, la clause d'élection de for est inexécutoire parce que M<sup>me</sup> Douez a simplement été invitée à donner son consentement au moyen d'un clic sans qu'on attire son attention sur le libellé précis de la clause. En d'autres termes, elle ne serait pas liée par la clause parce qu'un simple clic en ligne, sans plus, ne saurait emporter son consentement à la clause d'élection de for.

[137] Nous ne pouvons faire droit à l'argument. En Colombie-Britannique, le par. 15(1) de l'*Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, codifie la règle de common law énoncée dans *Rudder c. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (C.S.J. Ont.), et dispose qu'un contrat exécutoire peut être formé en ligne en cliquant sur une icône bien identifiée :

15 (1) Unless the parties agree otherwise, an offer or the acceptance of an offer, or any other matter that is material to the formation or operation of a contract, may be expressed

(b) by an activity in electronic form, including touching or clicking on an appropriately designated icon or place on a computer screen or otherwise communicating electronically in a manner that is intended to express the offer, acceptance or other matter.

[138] Ms. Douez relies on *Berkson v. Gogo LLC*, 97 F. Supp.3d 359 (E.D.N.Y. 2015), at para. 22, where a U.S. district court, in the absence of legislation on electronic formation of contract, adopted a four-step procedure to determine whether a contract was formed by accepting terms of use online. In British Columbia, s. 15(1) of the *Electronic Transactions Act* answers the question, providing that clicking on a screen suffices to indicate acceptance.

[139] Ms. Douez's second contention is that the terms of use contradict the forum selection clause, rendering it unclear. She points to the provision that Facebook will "strive to respect local laws", and suggests that this requires Facebook to defer to s. 4 of the British Columbia *Privacy Act*, which grants the Supreme Court of British Columbia subject matter jurisdiction over *Privacy Act* claims, to the exclusion of other tribunals. The tension between the strict terms of the forum selection clause in the contract, and the provision that Facebook will "strive to respect local laws", introduces an ambiguity, rendering the forum selection clause unenforceable, Ms. Douez contends.

[140] This argument cannot succeed. The contract on its face is clear. There is no inconsistency between a commitment to "strive" to apply local laws and an agreement that disputes will be tried in

[TRANSDUCTION]

15 (1) Sauf accord contraire des parties, l'offre, son acceptation ou tout autre élément essentiel à la formation ou à l'application d'un contrat peuvent être exprimés :

(b) par un acte électronique, tels une pression ou un clic sur une icône bien identifiée ou un endroit sur un écran d'ordinateur, ou une autre communication électronique censée exprimer l'offre, l'acceptation ou tout autre élément.

[138] M<sup>me</sup> Douez invoque la décision *Berkson c. Gogo LLC*, 97 F. Supp.3d 359 (E.D.N.Y. 2015), par. 22, dans laquelle une cour de district des États-Unis, en l'absence de dispositions législatives sur la formation d'un contrat par voie électronique, adopte une démarche en quatre étapes pour décider si un contrat a été formé par l'acceptation de conditions d'utilisation en ligne. En Colombie-Britannique, le par. 15(1) de l'*Electronic Transactions Act* tranche la question en prévoyant qu'un clic à l'écran suffit pour emporter acceptation.

[139] Suivant le deuxième argument de M<sup>me</sup> Douez, les conditions d'utilisation contrediraient la clause d'élection de for et la rendraient ambiguë. M<sup>me</sup> Douez renvoie à la clause selon laquelle Facebook [TRANSDUCTION] « [s'efforce de] respect[er] les lois locales » et elle fait valoir que l'entreprise doit donc se conformer à l'art. 4 de la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique conférant à la Cour suprême de la Colombie-Britannique compétence *ratione materiae* à l'égard de tout litige relatif à la *Privacy Act*, à l'exclusion de tout autre tribunal. Selon M<sup>me</sup> Douez, le conflit entre le libellé strict de la clause d'élection de for du contrat et la clause selon laquelle Facebook « [s'efforce de] respect[er] les lois locales » donne lieu à une ambiguïté, de sorte que la clause d'élection de for serait inexécutoire.

[140] Cet argument ne peut être retenu. Le contrat est incontestablement clair. S'engager à [TRANSDUCTION] « s'efforcer » d'appliquer les lois locales et convenir d'intenter tout recours éventuel en

California. A forum selection clause does not disrespect the laws of British Columbia.

[141] This brings us to Ms. Douez’s third argument — that s. 4 of the *Privacy Act* invalidates forum selection clauses for actions under this Act. Section 4 provides that “an action under [the *Privacy Act*] must be heard and determined by the Supreme Court [of British Columbia]”. Ms. Douez argues that this clause amounts to a stipulation that all actions under this Act must be heard in British Columbia, with the result that forum selection clauses providing other jurisdictions are invalid.

[142] We do not agree. Section 4 of the *Privacy Act* grants the Supreme Court of British Columbia subject matter jurisdiction over *Privacy Act* claims to the exclusion of other British Columbia courts. Nothing in the language of s. 4 suggests that it can render an otherwise valid contractual term unenforceable.

[143] We do not dispute that legislation can limit the scope of forum selection clauses or render them altogether unenforceable: see *Pompey*, at para. 38. Nor do we dispute that some jurisdictions have adopted a “protective model” limiting the impact of forum selection clauses in consumer contracts: Z. S. Tang, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws* (2nd ed. 2015), at p. 357. However, when they have done so, they have used clear language. For example, *Regulation (E.U.) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, [2012] O.J. L. 351/1, provides consumers with a positive right to bring proceedings in his or her home state (art. 18), unless the clause was agreed to after a dispute had arisen, provides additional forum options to the consumer, or concerns parties resident in the same state (art. 19). The *Civil Code of Québec* is more absolute: art. 3149 provides that Québec courts have jurisdiction to hear actions based on consumer contracts, and that “the waiver of

Californie n’est pas contradictoire. Une clause d’élection de for ne contrevient pas aux lois de la Colombie-Britannique.

[141] Cela nous mène au troisième argument de M<sup>me</sup> Douez, à savoir que l’art. 4 de la *Privacy Act* invaliderait la clause d’élection de for dans le cas d’une action fondée sur la Loi. L’article 4 dispose que [TRADUCTION] « la Cour suprême [de la Colombie-Britannique] connaît de toute action fondée sur [la *Privacy Act*] ». M<sup>me</sup> Douez soutient que, suivant cet article, toute action fondée sur la Loi doit être entendue en Colombie-Britannique, d’où l’invalidité de la clause qui désigne un autre ressort.

[142] Nous ne sommes pas d’accord. L’article 4 de la *Privacy Act* accorde à la Cour suprême de la Colombie-Britannique compétence *rationae materiae* à l’égard des demandes fondées sur la *Privacy Act*, à l’exclusion de tout autre tribunal de la province. Aucun élément de son libellé ne donne à penser qu’il peut rendre inexécutoire une clause contractuelle par ailleurs valide.

[143] Une loi peut certes limiter la portée d’une clause d’élection de for ou la rendre carrément inexécutoire (voir *Pompey*, par. 38). Nous constatons également que certains ressorts ont adopté une [TRADUCTION] « approche protectionniste » limitant les effets d’une telle clause lorsqu’elle figure dans un contrat de consommation (Z. S. Tang, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws* (2<sup>e</sup> éd. 2015), p. 357). Cependant, lorsqu’ils l’ont fait, ils ont utilisé un libellé clair. À titre d’exemple, le *Règlement (U.E.) N° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)*, [2012] J.O. L. 351/1, confère expressément au consommateur le droit d’intenter une action dans le ressort de son domicile (art. 18), à moins que les parties aient convenu de la clause après la naissance du différend, que la clause permette au consommateur de saisir des ressorts additionnels ou que les parties résident dans le même ressort (art. 19). Le *Code civil du Québec* énonce

such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him”.

[144] The British Columbia legislature has not adopted the “protective model” approach. It has not legislated an absolute or limited right to bring an action in British Columbia, in the face of a forum selection clause stipulating a different jurisdiction. It has focussed not on where the action can be brought, but on the protection of consumer rights in the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (“BPCPA”). The choice to focus on rights rather than forum was made after this Court’s decision in *Pompey*. Section 3 of the BPCPA provides that “[a]ny 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.” If the legislature had intended to render forum selection clauses inoperable for claims made under the *Privacy Act*, it would have said so expressly: see *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 25. Courts are obliged to respect this choice.

[145] Ms. Douez does not argue that the forum selection clause is unconscionable. Such an argument would have to be based on evidence (see *Pompey*, at para. 29); none was adduced in this case. Inequality of bargaining power, even if it were established here, does not, on its own, give the court reason to interfere with the freedom to contract. As noted by Angela Swan and Jakub Adamski in *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at §9.114:

The mere fact that, as might happen in very many transactions, the parties are not equally competent in looking after their own interests or equally informed is not a basis for relief. There has to be, as has been suggested, some relation of dependence or likelihood of undue influence, *i.e.*, some element of procedural unconscionability, inequality or unfairness, *and* a bad bargain, *i.e.*, some element of substantive unfairness. [Emphasis in original.]

une règle plus absolue; l’art. 3149 dispose en effet que les tribunaux québécois peuvent connaître d’une action fondée sur un contrat de consommation et que « la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée ».

[144] Le législateur de la Colombie-Britannique n’a pas adopté une « approche protectionniste ». Il n’a pas conféré un droit absolu ou limité d’intenter une action en Colombie-Britannique malgré une clause d’élection de for désignant un autre ressort. Dans la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (« BPCPA »), il a mis l’accent non pas sur le lieu où l’action peut être intentée, mais sur la protection des droits des consommateurs. La décision de s’attacher aux droits plutôt qu’au ressort est ultérieure à l’arrêt *Pompey*. L’article 3 de la BPCPA dispose que [TRADUCTION] « [s]auf autorisation expresse de [la Loi], la renonciation aux droits, avantages ou protections prévus par celle-ci est nulle. » Si le législateur avait voulu rendre les clauses d’élection de for inapplicables aux demandes fondées sur la *Privacy Act*, il l’aurait dit expressément (voir *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 25). Les tribunaux sont tenus de respecter ce choix.

[145] M<sup>me</sup> Douez ne soutient pas que la clause d’élection de for est inique. Pour le faire, il lui aurait fallu une preuve à l’appui (voir *Pompey*, par. 29). Or, le dossier n’en contient aucune. L’inégalité du pouvoir de négociation, même si elle était établie en l’espèce, ne justifie pas à elle seule qu’un tribunal entrave la liberté contractuelle. Comme le font remarquer Angela Swan et Jakub Adamski dans *Canadian Contract Law* (3<sup>e</sup> éd. 2012), §9.114 :

[TRADUCTION] Le seul fait — susceptible de se présenter dans un très grand nombre d’opérations — que les parties ne sont pas toutes également en mesure de veiller à leurs propres intérêts ou toutes aussi bien informées ne justifie pas la réparation. Il faut, comme certains l’ont indiqué, être en présence d’un certain rapport de dépendance ou d’un possible abus d’influence (c’est-à-dire d’éléments suggérant quelque iniquité, inégalité ou injustice d’ordre procédural), *et* d’un mauvais accord (c’est-à-dire d’éléments suggérant une injustice substantielle). [En italique dans l’original.]



[146] Finally, we come to the argument that forum selection clauses violate public policy and should therefore be treated as invalid and inapplicable. This contention, too, cannot prevail.

[147] It is unclear to us how a court can invalidate a contractual provision simply because the court finds it is contrary to public policy in the abstract. While the court can refuse to enforce otherwise valid contractual provisions that offend public policy, the party seeking to avoid enforcement of the clause must prove “the existence of an overriding public policy . . . that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts”: *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 123 (per Binnie J., in dissent, but not on this point). In our view, no such overriding public policy is found on the facts of this case.

[148] Forum selection clauses, far from being unconscionable or contrary to public policy, are supported by strong policy considerations. Forum selection clauses are well-established and routinely enforced around the world: see e.g. *Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749, at para. 24; *Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Texas*, 134 S.Ct. 568 (2013), at pp. 581-82, citing *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), at pp. 17-18; *Akai Pty Ltd. v. People’s Insurance Co.* (1996), 188 C.L.R. 418, at pp. 441-42 (H.C.A.); *Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186 (C.A.). Forum selection clauses serve an important role of increasing certainty and predictability in transactions that take place across borders. The fact that a contract is in standard form does not affect the validity of such a clause: *Pompey*, at para. 28; *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), at pp. 593-94.

[149] That is not to say that forum selection clauses will always be given effect by the courts. As Abella J. notes, “burdens of distance” and “burdens

[146] Passons maintenant au dernier argument, à savoir que la clause d’élection de for serait contraire à l’ordre public et devrait donc être jugée invalide et inapplicable. Cet argument ne saurait non plus être retenu.

[147] Nous ne voyons pas comment un tribunal pourrait invalider une stipulation contractuelle pour le seul motif qu’elle serait contraire à l’ordre public dans l’abstrait. Même si un tribunal peut refuser de donner effet à une stipulation contractuelle par ailleurs valide, mais contrevenant à l’ordre public, la partie qui cherche à ce que cette clause soit sans effet doit établir l’existence d’une « considération d’ordre public prépondérante [. . .] qui l’emporte sur le très grand intérêt public lié à l’application des contrats » (*Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transport et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 123 (le juge Binnie, dissident, mais non sur ce point)). Selon nous, les faits de la présente espèce ne révèlent pas l’existence d’une telle considération prépondérante d’ordre public.

[148] Loin d’être abusives ou contraires à l’ordre public, les clauses d’élection de for procèdent de solides considérations d’intérêt public. Elles sont très répandues et couramment appliquées partout dans le monde (voir p. ex. *Donohue c. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749, par. 24; *Atlantic Marine Construction Co. c. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Texas*, 134 S.Ct. 568 (2013), p. 581-582, citant *The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), p. 17-18; *Akai Pty Ltd. c. People’s Insurance Co.* (1996), 188 C.L.R. 418, p. 441-442 (H.C.A.); *Advanced Cardiovascular Systems Inc. c. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186 (C.A.)). Les clauses d’élection de for contribuent à accroître la certitude et la prévisibilité dans les opérations transfrontalières. Le fait qu’une telle clause figure dans un contrat type n’a pas d’incidence sur sa validité (*Pompey*, par. 28; *Carnival Cruise Lines, Inc. c. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), p. 593-594).

[149] Cela ne signifie pas que le tribunal donnera toujours effet à la clause d’élection de for. Comme le fait remarquer la juge Abella, des [TRADUCTION]

of geography” may render the application of a forum selection clause unfair in the circumstances. However, those considerations are relevant at the second step of *Pompey*, not the first. As we discuss below, a court in assessing strong cause can consider the relative convenience and expense of local and foreign courts, as well as any prejudice a plaintiff might suffer in being forced to bring their claim in a foreign court: see *The “Eleftheria”*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.), at p. 242. But these considerations play no role at the first step of the *Pompey* test.

[150] We conclude that the forum selection clause is valid and applicable and that the first step of the *Pompey* test has been met. It remains to determine whether Ms. Douez has shown strong cause why it should not be given effect.

### III. Step Two: Has Ms. Douez Shown Strong Cause?

[151] We have concluded that step one of the *Pompey* test has been met: Facebook has established that the forum selection clause is enforceable and applies to these circumstances. It remains to ascertain whether Ms. Douez has established strong cause why the clause should not be enforced in this case.

[152] The strong cause exception to the enforceability of forum selection clauses confers a discretion on the judge, to be exercised in accordance with settled factors, to decline to enforce the clause. The strong cause test means that forum selection clauses are enforced, upholding predictability and certainty, unless the plaintiff shows that enforcement of the clause would unfairly deny her an opportunity to seek justice.

[153] The party seeking to displace the forum selection clause bears the burden of establishing strong cause. There are good reasons for this. First, enforceability of forum selection clauses is the rule, setting them aside the exception. Generally, parties

« obstacles liés à l’éloignement » ou des « obstacles géographiques » peuvent rendre l’application d’une clause d’élection de for injuste dans certains cas. Or, ces considérations intéressent le deuxième volet du test de l’arrêt *Pompey*, non le premier. Comme nous l’expliquons ci-après, pour se prononcer sur l’existence de motifs sérieux, le tribunal peut tenir compte des avantages et des coûts comparés d’un procès devant les tribunaux du pays ou ceux du ressort étranger, ainsi que prendre en compte tout préjudice que pourrait subir le demandeur en raison de l’obligation d’intenter son action à l’étranger (voir *The « Eleftheria »*, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm. Div.), p. 242). Toutefois, ces considérations n’entrent pas en jeu au premier volet du test de l’arrêt *Pompey*.

[150] Nous concluons que la clause d’élection de for est valide et applicable et qu’il est satisfait au premier volet du test de l’arrêt *Pompey*. Il nous reste à décider si M<sup>me</sup> Douez a établi l’existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause.

### III. Deuxième étape : M<sup>me</sup> Douez a-t-elle établi l’existence de motifs sérieux?

[151] Nous avons conclu au respect du premier volet du test de l’arrêt *Pompey*, Facebook ayant démontré que la clause d’élection de for est exécutoire et s’applique dans les circonstances. Reste à savoir si M<sup>me</sup> Douez a établi l’existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause en l’espèce.

[152] L’exception fondée sur l’existence de motifs sérieux confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de refuser, sur le fondement de facteurs établis, de donner effet à la clause d’élection de for. Le critère des motifs sérieux veut que la clause soit exécutoire, de sorte que la prévisibilité et la certitude soient assurées, à moins que le demandeur ne démontre que son application le priverait injustement de la possibilité d’obtenir justice.

[153] Il appartient à la partie qui entend faire écarter une clause d’élection de for d’établir l’existence de motifs sérieux. Il y a de bonnes raisons à cela. Premièrement, le caractère exécutoire de la clause d’élection de for est la règle, son absence

seeking an exceptional exemption must show grounds for what they seek. Second, it is the party seeking the exception who is in the best position to argue why it should be granted, not for the party seeking to rely on the rule to show why the rule should not be vacated; generally, burdens fall on the party asserting a proposition and in the best position to prove it. Reversing the burden would require a defendant to prove a negative — that “strong cause” does not exist. This would ask a defendant to anticipate and counter all the arguments a plaintiff might raise in support of there being strong cause. Finally, to reverse the burden would undermine the general rule that forum selection clauses apply and introduce uncertainty and expense into commercial transactions that span international borders. It would detract from the “certainty and security in transaction” that is critical to private international law (*Pompey*, at paras. 20 and 25). For many businesses, having to prove in a foreign country why there is not strong cause would render the contract costly and in many cases, practically unenforceable. Businesses, small suppliers as well as giants like Facebook, would be required to amass proof of a negative in a host of foreign countries. Accordingly, the law in Canada and elsewhere has consistently held that it is the plaintiff — the party seeking to set aside the forum selection clause — who bears the burden of showing strong cause for not giving effect to the enforceable forum selection clause by entering a stay of proceedings: *Pompey*, at para. 25; *The “Eleftheria”*, at p. 242.

[154] In *Pompey*, Bastarache J. explained the reasons for embracing the strong cause test and the burden on the plaintiff to prove strong cause (para. 20):

These clauses are generally to be encouraged by the courts as they create certainty and security in transaction,

d’effet, l’exception. De façon générale, la partie qui recherche l’application d’une exception doit présenter des motifs à l’appui. Deuxièmement, c’est la partie qui cherche à se prévaloir de l’exception qui est la mieux placée pour convaincre le tribunal de faire droit à sa demande, et ce n’est pas à la partie qui s’en remet à la règle de démontrer que celle-ci ne devrait pas être écartée; il incombe généralement à la partie qui fait valoir un point de vue d’en établir le bien-fondé puisqu’elle est la plus apte à le faire. Renverser le fardeau de la preuve reviendrait à exiger du défendeur qu’il prouve une assertion négative, c’est-à-dire qu’il n’existe pas de « motifs sérieux ». Le défendeur devrait alors anticiper puis réfuter tous les arguments que le demandeur pourrait soulever à l’appui de l’existence de motifs sérieux. Enfin, le renversement du fardeau de la preuve porterait atteinte à la règle générale de l’applicabilité de la clause d’élection de for en plus de créer de l’incertitude et d’accroître les coûts dans les opérations commerciales transfrontalières. Ce serait rompre avec « la certitude et la sûreté [des opérations] », un principe essentiel en droit international privé (*Pompey*, par. 20 et 25). Pour de nombreuses entreprises, l’obligation de démontrer dans un pays étranger que des motifs sérieux n’existent pas rendrait le contrat coûteux et, dans bien des cas, pratiquement inexécutoire. Les entreprises, aussi bien les petits fournisseurs que les géants comme Facebook, devraient recueillir des éléments de preuve à l’appui d’une assertion négative dans une foule de pays étrangers. C’est pourquoi au Canada et ailleurs dans le monde le droit reconnaît invariablement que c’est au demandeur, soit à la partie qui cherche à faire écarter la clause d’élection de for, qu’il incombe de démontrer l’existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à une clause d’élection de for exécutoire en suspendant l’instance (*Pompey*, par. 25; *The « Eleftheria »*, p. 242).

[154] Dans l’arrêt *Pompey*, le juge Bastarache a exposé les raisons pour lesquelles il convenait d’adopter le critère des « motifs sérieux » et d’imposer au demandeur le fardeau de prouver l’existence de tels motifs (par. 20) :

Les tribunaux doivent généralement [. . .] faire bon accueil [aux clauses d’élection de for] car elles confèrent

derivatives of order and fairness, which are critical components of private international law . . . . In the context of international commerce, order and fairness have been achieved at least in part by application of the “strong cause” test. This test rightly imposes the burden on the plaintiff to satisfy the court that there is good reason it should not be bound by the forum selection clause. It is essential that courts give full weight to the desirability of holding contracting parties to their agreements. There is no reason to consider forum selection clauses to be non-responsibility clauses in disguise. In any event, the “strong cause” test provides sufficient leeway for judges to take improper motives into consideration in relevant cases and prevent defendants from relying on forum selection clauses to gain an unfair procedural advantage.

[155] This brings us to what the plaintiff must show to establish strong cause why a forum selection clause should not be enforced. The factors that govern the judge’s exercise of his discretion were set out in *The “Eleftheria”*, at p. 242, and were adopted in *Pompey*, at para. 19, per Bastarache J.:

(1) Where plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign Court, and the defendants apply for a stay, the English Court, assuming the claim to be otherwise within the jurisdiction, is not bound to grant a stay but has a discretion whether to do so or not.

(2) The discretion should be exercised by granting a stay unless strong cause for not doing so is shown.

(3) The burden of proving such strong cause is on the plaintiffs.

(4) In exercising its discretion the Court should take into account all the circumstances of the particular case.

aux opérations la certitude et la sûreté dérivées des principes fondamentaux du droit international privé que sont l’ordre et l’équité [. . .] Dans le contexte du commerce international, l’ordre et l’équité sont attribuables, du moins en partie, à l’application du critère des « motifs sérieux ». Suivant ce critère, il incombe à juste titre au demandeur de convaincre la cour qu’un motif valable justifie qu’il ne soit pas lié par la clause d’élection de for. Il est essentiel que les tribunaux accordent l’importance voulue au fait qu’il est souhaitable de contraindre les parties contractantes à respecter leurs engagements. Rien ne justifie qu’une clause d’élection de for soit assimilée à une clause d’exonération de responsabilité déguisée. Quoi qu’il en soit, le critère des « motifs sérieux » offre aux tribunaux une marge de manœuvre suffisante pour leur permettre de tenir compte des motifs illégitimes le cas échéant et pour empêcher le défendeur d’invoquer une clause d’élection de for afin de bénéficier d’un avantage procédural qui serait injuste.

[155] Partant, quelle preuve doit offrir le demandeur pour établir l’existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à une clause d’élection de for? Les considérations qui président à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal ont été énoncées dans *The « Eleftheria »*, p. 242, et le juge Bastarache les a fait siennes dans *Pompey*, par. 19 :

[TRADUCTION]

(1) Lorsque les demandeurs intentent des poursuites en Angleterre, en rupture d’une entente prévoyant que les différends seront soumis à un tribunal étranger, et lorsque les défendeurs demandent une suspension des procédures, le tribunal anglais, à supposer que la réclamation relève autrement de sa compétence, n’est pas tenu d’accorder une suspension des procédures, mais a le pouvoir discrétionnaire de le faire.

(2) Le pouvoir discrétionnaire d’accorder une suspension des procédures devrait être exercé à moins qu’on ne démontre qu’il existe des motifs sérieux pour ne pas le faire.

(3) La charge de la preuve en ce qui concerne ces motifs sérieux incombe aux demandeurs.

(4) En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devrait prendre en considération toutes les circonstances de l’affaire en cause.

(5) In particular, but without prejudice to (4), the following matters, where they arise, may be properly regarded:

(a) In what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts.

(b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects.

(c) With what country either party is connected, and how closely.

(d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages.

(e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would

- (i) be deprived of security for that claim;
- (ii) be unable to enforce any judgment obtained;
- (iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or
- (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial.

[156] Applying these factors to the case at bar, it is clear that the motions judge should not have found strong cause for not enforcing the forum selection clause to which Ms. Douez agreed. The court must consider all the circumstances of the case. None of the circumstances relied on by Ms. Douez show strong cause why the forum selection clause should not be enforced.

[157] The analysis starts with the proposition that the discretion should be exercised by enforcing the forum selection clause unless the plaintiff shows strong cause for not doing so. Strong cause means what it says — it is not any cause, but strong

(5) Notamment, mais sans préjudice du point (4), les questions suivantes, s'il y a lieu, devraient être examinées :

a) Dans quel pays peut-on trouver, ou se procurer facilement la preuve relative aux questions de fait, et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés du procès devant les tribunaux anglais et les tribunaux étrangers?

b) Le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il du droit anglais sur des points importants?

c) Avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et de quelle nature sont-ils?

d) Les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou cherchent-ils seulement à bénéficier d'un avantage procédural?

e) Les défendeurs subiraient-ils un préjudice s'ils devaient intenter une action devant un tribunal étranger

- (i) parce qu'ils seraient privés de garantie à l'égard de leur réclamation;
- (ii) parce qu'ils seraient incapables de faire exécuter le jugement obtenu;
- (iii) parce qu'ils seraient soumis à un délai de prescription non applicable en Angleterre; ou
- (iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, ils ne seraient pas en mesure d'obtenir un jugement équitable?

[156] Si l'on applique ces considérations à la présente espèce, il est clair que la juge de première instance n'aurait pas dû conclure à l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for à laquelle a consenti M<sup>me</sup> Douez. Le tribunal doit tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire. Aucune de celles invoquées par M<sup>me</sup> Douez n'établit l'existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d'élection de for.

[157] L'analyse débute par la proposition selon laquelle le pouvoir discrétionnaire du juge doit être exercé en faveur du caractère exécutoire de la clause d'élection de for à moins que le demandeur démontre qu'il existe des motifs sérieux de ne pas

cause. The default position is that forum selection clauses should be enforced.

[158] There is good reason for this. By offering services across borders, online companies risk uncertainty and unpredictability of the possible jurisdictions in which they may face legal claims. Professor Geist (M. A. Geist, “Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction” (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1345) describes this risk:

Since websites are instantly accessible worldwide, the prospect that a website owner might be haled into a courtroom in a far-off jurisdiction is much more than a mere academic exercise; it is a very real possibility. [p. 1347]

[159] Other commentators point out that since online companies do not know in advance where their customers are located, it is difficult for them to proactively determine jurisdiction issues in advance: Z. Tang, “Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-commerce” (2005), 1 *J. Priv. Int. L.* 237. In our view, these risks are best addressed through adherence to the existing system of private international law that has been carefully developed over decades to provide a measure of certainty, order, and predictability. Requiring the plaintiff to demonstrate strong cause is essential for upholding certainty, order, and predictability in private international law, especially in light of the proliferation of online services provided across borders. Holding otherwise would ask the court to ignore valid and enforceable, contractual terms.

[160] It is not only large multi-national corporations like Facebook that benefit from emphasizing the need for order in private international law. The intervener, Information Technology Association of Canada, points out that small and medium-sized businesses benefit from the certainty that flows from enforcing forum selection clauses, and that by reducing litigation risk they can generate savings

le faire. L’expression « motifs sérieux » est sans équivoque : il ne s’agit pas de n’importe quels motifs, mais de motifs qui sont sérieux. À défaut de tels motifs, la clause d’élection de for doit être appliquée.

[158] Il y a une bonne raison à cela. En offrant des services transfrontaliers, les entreprises en ligne s’exposent à l’incertitude et à l’imprévisibilité liées aux ressorts éventuels où elles pourraient être poursuivies en justice. Le professeur Geist (M. A. Geist, « Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction » (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1345) décrit ce risque comme suit :

[TRADUCTION] Puisque les sites Web sont accessibles instantanément dans le monde entier, la possibilité que le propriétaire d’un site soit traîné devant les tribunaux d’un ressort éloigné n’est pas que théorique; il s’agit d’une possibilité bien réelle. [p. 1347]

[159] D’autres auteurs soulignent que puisque les entreprises en ligne ne peuvent connaître à l’avance l’emplacement de leurs clients, il est difficile pour elles de prévoir et de régler à l’avance les problèmes de compétence (Z. Tang, « Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-commerce » (2005), 1 *J. Priv. Int. L.* 237). À notre avis, le meilleur moyen de réduire ces risques est d’appliquer le système actuel de droit international privé, soigneusement élaboré au fil des décennies pour offrir certitude, ordre et prévisibilité. Exiger du demandeur qu’il établisse l’existence de motifs sérieux est essentiel au maintien de la certitude, de l’ordre et de la prévisibilité qu’assure le droit international privé, surtout au vu de la prolifération des services en ligne transfrontaliers. Parvenir à une autre conclusion reviendrait à demander au tribunal de faire fi de conditions contractuelles valides et exécutoires.

[160] Ce ne sont pas seulement les multinationales comme Facebook qui bénéficient de l’importance accordée au besoin d’ordre en droit international privé. L’intervenante Association canadienne de la technologie de l’information fait valoir que les petites et moyennes entreprises tirent avantage de la certitude que procure l’application d’une clause d’élection de for et que la réduction du

that can be passed on to consumers. Facebook adds that the certainty which comes with enforcement of forum selection clauses allows foreign companies to offer online access to Canadians. In our view, these benefits accrue to online businesses of all sizes, and in all locations.

[161] We cannot help but note our profound disagreement with the suggestion in the reasons of Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ., that forum selection clauses are inherently contrary to public policy. They state: “. . . forum selection clauses divert public adjudication of matters out of the provinces, and court adjudication in each province is a public good” (para. 25). The overwhelming weight of international jurisprudence shows that, far from being a subterfuge to deny access to justice, forum selection clauses are vital to international order, fairness and comity.

[162] We turn now to the specific factors that *Pompey* directs the court to consider in determining whether the plaintiff has established strong cause for not enforcing the forum selection clause.

[163] First, Ms. Douez has not shown that the facts in the case and the evidence to be adduced shifts the balance of convenience from the contracted state of California to British Columbia. The evidence in the case may be expected to revolve around Facebook’s use of Ms. Douez’s photo and name in its advertisement without her consent. This involves Facebook’s conduct from its headquarters in California. Facebook’s defence is that Ms. Douez consented, not by her actions in British Columbia, but by agreeing to the terms of use. The issue is a legal matter of construing the contract. There is no basis for suggesting this factor shows strong cause to oust the forum selection clause.

risque de poursuite qui en découle leur permet de réaliser des économies susceptibles d’être refilées au consommateur. Facebook ajoute que la certitude attribuable aux clauses d’élection de for permet aux entreprises étrangères d’offrir des services en ligne aux Canadiens. À notre avis, les entreprises en ligne profitent de ces avantages quel que soit leur taille ou l’endroit où elles sont situées.

[161] Nous ne pouvons qu’exprimer notre profond désaccord avec les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon lorsqu’ils affirment dans leurs motifs que les clauses d’élection de for sont intrinsèquement contraires à l’ordre public. Selon eux, « les clauses d’élection de for ont pour effet de soustraire un litige à la fonction juridictionnelle des tribunaux d’une province, alors que l’exercice de cette fonction juridictionnelle dans chaque province sert le bien commun » (par. 25). La jurisprudence internationale montre très nettement que, loin d’être un moyen détourné d’entraver l’accès à la justice, la clause d’élection de for est essentielle à l’ordre, à l’équité et à la courtoisie entre les nations.

[162] Nous traitons maintenant des éléments précis qui, selon l’arrêt *Pompey*, doivent être pris en considération par le tribunal pour décider si un demandeur a établi l’existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d’élection de for.

[163] En ce qui concerne le premier élément, M<sup>me</sup> Douez n’a pas démontré que, par application du critère de la prépondérance des inconvénients, les faits de l’espèce et la preuve qui serait produite favorisent la Colombie-Britannique au détriment du ressort désigné dans le contrat, l’État de la Californie. Il y a lieu de s’attendre à ce que la preuve porte sur l’utilisation par Facebook dans sa publicité de la photo et du nom de M<sup>me</sup> Douez sans son consentement. C’est donc la conduite de Facebook, depuis son administration centrale en Californie, qui en serait l’objet. Facebook soutient en défense que M<sup>me</sup> Douez a consenti à cette utilisation, non par ses gestes en Colombie-Britannique, mais par l’acceptation des conditions d’utilisation. Le litige réside dans l’interprétation juridique du contrat. Aucune raison ne permet de conclure qu’il résulte de ce dernier élément des motifs sérieux d’écarter la clause d’élection de for.

[164] Our colleague Abella J. makes reference to the “burdens of distance” and the “burdens of geography” that a plaintiff may carry when faced with a forum selection clause. Similarly, Ms. Douez argued that setting aside the forum selection clause would increase consumers’ access to justice. During oral argument, her counsel called it “a very important principle” (transcript, at p. 33), and in her factum she said that “no rational British Columbia resident would travel to California to litigate nominal damages claims” (A.F., at para. 90). Yet, there is no evidence regarding the “relative convenience and expense of trial” in California as compared to British Columbia. Strong cause cannot be established in absence of a sufficient evidentiary basis.

[165] Nor does the applicable law show strong cause to override the forum selection clause, in our view. It is true that the law giving rise to the tort is a British Columbia statute. However, the British Columbia tort created by the *Privacy Act* does not require special expertise. The courts of California have not been shown to be disadvantaged in interpreting the Act as compared with the Supreme Court of British Columbia. The most the motions judge could say on this factor was that

local courts may be more sensitive to the social and cultural context and background relevant to privacy interests of British Columbians, as compared to courts in a foreign jurisdiction. This could be important in determining the degree to which privacy interests have been violated and any damages that flow from this.

(Trial reasons, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254, at para. 75)

If possible sensitivity to local context is sufficient to show strong cause, forum selection clauses will never be upheld where a tort occurs in a different country. What this factor contemplates is evidence that the local court will be better placed to interpret the legal provisions at issue than the court

[164] Notre collègue la juge Abella réfère aux « obstacles liés à l'éloignement » et aux « obstacles géographiques » que doit surmonter un demandeur aux prises avec une clause d'élection de for. De même, M<sup>me</sup> Douez avance que l'inapplicabilité de la clause d'élection de for faciliterait l'accès à la justice pour les consommateurs. Au cours de sa plaidoirie orale, son avocate a qualifié l'accès à la justice de [TRADUCTION] « principe très important » (transcription, p. 33) et, dans son mémoire, elle indique qu'[TRADUCTION] « aucun Britanno-Colombien sensé n'irait jusqu'en Californie pour réclamer une indemnité symbolique » (m.a., par. 90). Il demeure qu'aucune preuve n'est offerte quant aux « avantages et [aux] coûts comparés [d'un] procès » en Californie ou en Colombie-Britannique. L'existence de motifs sérieux ne saurait être établie sans une preuve suffisante à l'appui.

[165] Le droit applicable ne révèle pas non plus selon nous l'existence de motifs sérieux d'écarter la clause d'élection de for. Il est vrai que la loi prévoyant le délit civil est britanno-colombienne. Or, se prononcer sur le délit civil créé par la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique ne nécessite pas une expertise spéciale. Il n'a pas été démontré qu'un tribunal de la Californie serait moins apte que la Cour suprême de la Colombie-Britannique à interpréter cette loi. Le plus que la juge de première instance ait affirmé à ce sujet est ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . une juridiction locale peut être plus sensible qu'une juridiction étrangère au contexte social et culturel des intérêts des Britanno-Colombiens liés au respect de la vie privée, ce qui peut se révéler important lorsqu'il s'agit de déterminer l'ampleur de l'atteinte aux droits à la vie privée et du préjudice qui en résulte.

(Motifs de première instance, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254, par. 75)

Si une potentielle sensibilité au contexte local suffisait à établir l'existence de motifs sérieux, les clauses d'élection de for ne seraient jamais appliquées lorsque l'action est fondée sur un délit civil commis dans un autre pays. Ce que requiert ce facteur c'est la preuve que la juridiction locale est



stipulated in the forum selection clause. Ms. Douez presented no such evidence.

[166] Ms. Douez did not adduce any evidence of California law or California procedure related to either private international law or the adjudication of privacy claims. She did not provide evidence of California law related to territorial jurisdiction. Bauman C.J.B.C. described the vacuum thus (para. 77):

In my opinion, Ms. Douez failed to provide the Court with any reason to conclude that this proceeding could not be heard in the courts of Santa Clara. There is no evidence in the record as to California private international law. This Court cannot conduct its own research and take judicial notice (see *Duchess di Sora v. Phillipps* (1863), 10 H.L. Cas. 624 (U.K.H.L.) at 640; *Bumper Development Corp. v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1991] 1 W.L.R. 1362 (Eng. C.A.), at 1369).

A court should not be put in the position of having to speculate as to whether a California court would exercise its discretion to assume jurisdiction over a matter, whether that court would apply the laws of British Columbia, whether privacy laws in California are analogous to those in British Columbia, whether the procedural rules in California parallel those in British Columbia, or whether the remedies available in California would be capable of providing Ms. Douez with comparable remedies to what she might obtain in British Columbia. Without evidence, there is respectfully no basis for our colleagues Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. to raise the spectre of harms going “without remedy” (paras. 59 and 62).

[167] The country with which the parties are connected does not establish strong cause. Facebook has its headquarters in California. Ms. Douez, while

mieux placée pour interpréter les dispositions législatives en cause que celle désignée dans la clause d’élection de for. M<sup>me</sup> Douez n’a pas présenté une telle preuve.

[166] M<sup>me</sup> Douez n’a présenté aucun élément de preuve concernant le droit ou la procédure applicable en Californie, que ce soit en matière de droit international privé ou de litiges relatifs à la protection de la vie privée, non plus qu’en ce qui a trait à la compétence territoriale selon le droit californien. Le juge en chef Bauman s’est exprimé comme suit au sujet de cette omission :

[TRADUCTION] À mon sens, M<sup>me</sup> Douez ne nous a donné aucune raison de conclure que l’instance ne pourrait être entendue par les tribunaux de Santa Clara. Le dossier ne contient aucun élément de preuve concernant le droit international privé de la Californie. La cour ne saurait effectuer elle-même cette recherche et prendre connaissance d’office des résultats (voir *Duchess di Sora c. Phillipps* (1863), 10 H.L. Cas. 624 (R.-U.), p. 640; *Bumper Development Corp. c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1991] 1 W.L.R. 1362 (C.A. Angl.), p. 1369). [par. 77]

Une cour de justice ne devrait pas être placée dans une situation où elle doit conjecturer quant à savoir si un tribunal californien exercerait sa discrétion de sorte à se déclarer compétent à l’égard d’une affaire, si ce tribunal appliquerait les lois de la Colombie-Britannique, si les lois californiennes en matière de protection de la vie privée s’apparentent à celles de la Colombie-Britannique, si les règles de procédure applicables en Californie correspondent à celles de la Colombie-Britannique ou si les recours disponibles en Californie sont susceptibles d’offrir à M<sup>me</sup> Douez une réparation comparable à celle qu’elle pourrait obtenir en Colombie-Britannique. En l’absence de preuve, nos collègues les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon n’ont aucune raison d’évoquer le spectre de préjudices pour lesquels il n’y aurait « [aucun] recours » (par. 59 et 62).

[167] Le pays avec lequel les parties ont un lien ne permet pas d’établir l’existence de motifs sérieux. Facebook a son siège social en Californie.

resident in British Columbia, was content to contract with Facebook at that location. Nothing in her situation suggests that the class action she wishes to commence could not be conducted in California just as easily as in British Columbia. To show strong cause to oust a foreign selection clause on the basis of residence, the plaintiff must point to more than the mere fact that she lives in the jurisdiction where she seeks to have the action tried. If this sufficed, forum selection clauses would be routinely held inoperative.

[168] The next factor to consider is whether the defendant is merely seeking procedural advantages. If Ms. Douez could show that Facebook does not genuinely desire the trial to take place in California, but wants the trial there simply to gain procedural advantages over her, this might support her case that strong cause lies to oust the forum selection clause. However, she has not shown this. There is no suggestion that Facebook does not genuinely wish all litigation with users to take place in California. Indeed, it is clear it does so, for reasons of substance and convenience. The purpose of the forum selection clause is to avoid costly and uncertain litigation in foreign countries, which in turn would increase its costs and divert its energy.

[169] Finally, Ms. Douez has not shown that application of the forum selection clause would deprive her of a fair trial because she would be deprived of security for the claim; be unable to enforce any judgment obtained; be faced with a time-bar not applicable in British Columbia; or because of political, racial, religious or other reasons. She does not and cannot take issue with the fact that the state of California has a highly developed and fair legal system, nor with the fact that she will get a fair trial there.

[170] It is thus apparent that all the factors endorsed by this Court in *Pompey* point to enforcing

M<sup>me</sup> Douez, résidente de la Colombie-Britannique, était satisfaite de la conclusion du contrat avec Facebook à cet endroit. Aucun élément de sa situation n'indique que le recours collectif projeté ne pourrait pas être intenté en Californie aussi facilement qu'en Colombie-Britannique. Pour établir des motifs sérieux de nature à écarter une clause désignant un for étranger sur la base de la résidence, la demanderesse doit démontrer plus que le simple fait qu'elle vit dans le ressort où elle souhaite que l'action soit instruite. Si cela suffisait, les clauses d'élection de for seraient le plus souvent déclarées inopérantes.

[168] En ce qui concerne l'élément suivant à considérer, il faut se demander si la défenderesse cherche seulement à bénéficier d'avantages procéduraux. Si M<sup>me</sup> Douez arrive à démontrer que Facebook ne souhaite pas vraiment que le litige soit entendu par les tribunaux californiens, mais veut seulement bénéficier d'avantages procéduraux à son détriment, cela pourrait étayer son argument voulant qu'il existe des motifs sérieux d'écarter la clause d'élection de for. Or, elle ne l'a pas démontré. Rien n'indique que Facebook ne souhaite pas vraiment que tous les litiges susceptibles de l'opposer à ses utilisateurs se déroulent en Californie. En fait, elle le souhaite manifestement, et ce, pour des raisons de fond et de commodité. La clause d'élection de for vise à lui éviter des litiges coûteux et incertains qui se dérouleraient à l'étranger, ce qui accroîtrait ses coûts et disperserait son énergie.

[169] Finalement, M<sup>me</sup> Douez n'a pas démontré que l'application de la clause d'élection de for l'empêcherait de bénéficier d'un procès équitable du fait qu'elle serait privée de garantie à l'égard de sa réclamation, incapable de faire exécuter le jugement obtenu, soumise à un délai de prescription inapplicable en Colombie-Britannique, ou encore, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres. Elle ne conteste pas, et ne peut contester, que l'État de Californie est doté d'un système de justice très avancé et équitable, non plus qu'elle aura droit à un procès juste dans cet État.

[170] Il est donc évident que l'ensemble des considérations retenues par la Cour dans *Pompey*

the forum selection clause to which Ms. Douez agreed. None of them establish strong cause.

[171] For this reason, Ms. Douez asks this Court to modify the strong cause test endorsed by this Court in *Pompey*. She urges two modifications. First, she suggests that “the strong cause test should be applied in a nuanced manner, accounting for parties’ inherent inequality or consumers’ lack of bargaining power” (A.F., at para. 71). Alternatively, she says that the test “should be modified to place the burden on the defendant in the context of consumer contracts of adhesion” (A.F., at para. 72). We cannot accept either of these proposals. They would amount to inappropriately overturning this Court’s decision in *Pompey* and substituting new and different principles, and would introduce unnecessary and unprincipled uncertainty into the strong cause test.

[172] Ms. Douez’s first submission is that instead of considering the factors set out in *The “Eleftheria”* and *Pompey* in determining whether strong cause not to enforce the forum selection clause has been established, the court should consider a different factor — the consumer’s lack of bargaining power. Our colleagues Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. accept this argument. With respect, we disagree.

[173] This argument conflates the first step of the test set out in *Pompey* with the second step, in a way that profoundly alters the law endorsed by this Court in *Pompey*. Consideration of “all the circumstances of the particular case” at the second step is not an invitation to blend the first step into the second. As discussed above, the party seeking to rely on the forum selection clause must first demonstrate that it is enforceable. It is at this step that inequality of bargaining power is relevant. Inequality of bargaining power may lead to a clause being declared

militent en faveur de l’application de la clause d’élection de for à laquelle M<sup>me</sup> Douez a consenti. Aucune de ces considérations n’établit de motifs sérieux de ne pas lui donner effet.

[171] Pour cette raison, M<sup>me</sup> Douez demande à la Cour de modifier le critère des motifs sérieux adopté dans l’arrêt *Pompey*. Elle nous invite à y apporter deux modifications. Elle propose d’abord que [TRADUCTION] « le critère des motifs sérieux doit s’appliquer avec nuance et tenir compte de l’inégalité intrinsèque des parties ou de l’absence d’un pouvoir de négociation du consommateur » (m.a., p. 71). Subsidiairement, elle allègue que le critère « doit être modifié afin que le fardeau de preuve incombe au défendeur dans le cas de contrats d’adhésion conclus par un consommateur » (m.a., p. 72). Nous ne pouvons accéder ni à l’une ni à l’autre de ces propositions. Cela reviendrait à infirmer à tort la décision de la Cour dans l’affaire *Pompey*, d’y substituer des principes nouveaux et différents et d’introduire dans le critère des motifs sérieux une incertitude inutile et non fondée sur quelque principe.

[172] Suivant la première prétention de M<sup>me</sup> Douez, plutôt que de se fonder sur les considérations énoncées dans les décisions *The “Eleftheria”* et *Pompey* pour décider si l’existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d’élection de for a été établie, le tribunal devrait s’en remettre à une autre considération, à savoir l’absence d’un pouvoir de négociation du consommateur. Nos collègues les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon adhèrent à ce point de vue. Soit dit en tout respect, nous sommes en désaccord.

[173] La thèse de M<sup>me</sup> Douez confond le premier volet du test de l’arrêt *Pompey* avec le second, si bien que le droit jugé applicable par la Cour dans *Pompey* s’en trouve modifié en profondeur. La prise en compte de « toutes les circonstances de l’affaire » au second volet ne constitue pas une invitation à confondre le premier volet avec le second. Rappelons que la partie qui invoque la clause d’élection de for doit d’abord démontrer que la clause est exécutoire. C’est à cette étape que l’inégalité du pouvoir de négociation est pertinente. Cet

unconscionable — something not argued in the case at bar. Short of unconscionability, the stronger party relying on a standard form contract faces the *contra proferentem* rule under which any ambiguity is resolved against them: *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, at para. 51. As we have said, concerns about inequality of bargaining power may inspire legislators to intervene by making forum selection clauses unenforceable — but the British Columbia legislature has chosen not to do so. There is no reason here to second guess this choice by conflating or modifying the *Pompey* analysis. In this case, Facebook has demonstrated that the forum selection clause is enforceable. We note parenthetically that the strength of the contention of unequal bargaining power seems tenuous, when one realizes that Ms. Douez received the Facebook services she wanted, for free and without any compulsion, practical or otherwise. Even if remaining “offline” may not be a real choice in the Internet era”, as suggested by our colleagues Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. (at para. 56), there is no evidence that foregoing Facebook equates with being “offline”. In any case, enforcement of the forum selection clause does not deprive Ms. Douez, or anyone else, of access to Facebook.

[174] Ms. Douez’s alternative suggestion of reversing the burden of proof is inconsistent with the principles underlying the strong cause test: certainty, security, and fairness (*Pompey*, at para. 20). These principles remain as relevant in the 21st century domain of global online social media as they were in the 20th century climate of international commercial shipping. The principles of order and fairness underpin private international law and “ensure security of transactions with justice”: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1097. The twin goals of justice and fairness in private international law are only achievable by enforcing rules that ensure security and predictability: *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*,

élément peut amener le tribunal à conclure que la clause est inique, ce qui toutefois n’a pas été plaidé en l’espèce. En l’absence d’iniquité, la partie dominante qui s’appuie sur un contrat type s’expose à l’application de la règle *contra proferentem* selon laquelle toute ambiguïté doit être résolue en faveur de l’autre partie (*Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge Co.*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, par. 51). Comme nous l’expliquons plus haut, les inquiétudes soulevées par l’inégalité du pouvoir de négociation peuvent inciter le législateur à légiférer pour déclarer inexécutoires les clauses d’élection de for. Or, la Colombie-Britannique a décidé de ne pas le faire. Nul motif ne justifie la remise en cause de ce choix par l’unification ou la modification de la démarche issue de l’arrêt *Pompey*. Dans la présente affaire, Facebook a démontré que la clause d’élection de for est exécutoire. Soulignons au passage que la thèse fondée sur l’inégalité du pouvoir de négociation paraît peu convaincante dans la mesure où M<sup>me</sup> Douez a obtenu les services Facebook qu’elle voulait, gratuitement et sans aucune contrainte d’ordre pratique ou autre. Même si le choix de « ne pas être en ligne » ne saurait constituer un choix véritable à l’ère d’Internet », comme le laissent entendre nos collègues les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon (au par. 56), rien ne prouve que renoncer à Facebook équivaut à « ne pas être en ligne ». Quoi qu’il en soit, le caractère exécutoire de la clause d’élection de for ne prive ni M<sup>me</sup> Douez, ni personne d’autre de l’accès à Facebook.

[174] Quant à la proposition subsidiaire de M<sup>me</sup> Douez, soit de renverser le fardeau de la preuve, elle est incompatible avec les principes qui sous-tendent le critère des motifs sérieux, c’est-à-dire la certitude, la sûreté et l’équité (*Pompey*, par. 20). Ces principes valent autant au XXI<sup>e</sup> siècle, à l’ère des médias sociaux planétaires, qu’ils valaient au XX<sup>e</sup> siècle, à l’ère du commerce international. L’ordre et l’équité sous-tendent le droit international privé et « assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations » (*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1097). Le double objectif de justice et d’équité du droit international privé n’est réalisable que par l’application de règles assurant sûreté et prévisibilité (*Club Resorts Ltd.*

2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, at paras. 73 and 75; see also *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1058. As already discussed, there are good reasons why this Court, like the courts in the United Kingdom and elsewhere, places the burden of showing strong cause for not enforcing a forum selection clause on the plaintiff seeking to avoid the clause.

[175] Ms. Douez’s submissions that we “nuance” *Pompey* or shift the burden of showing strong cause contrary to *Pompey*, are not supported by principle or policy. They would undermine certainty in private international law. And they amount to overruling this Court’s decision in *Pompey*. This Court has established stringent criteria for departing from a previous decision of recent vintage: see e.g. *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paras. 129-39; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 850-61; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at paras. 45-46. Those conditions are not met here.

[176] We conclude that Ms. Douez has failed to establish strong cause why the forum selection clause she agreed to should not be enforced.

#### IV. Disposition

[177] The forum selection clause is valid and enforceable, and Ms. Douez has not shown strong cause to not enforce it. We would dismiss her appeal.

*Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. and MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Branch MacMaster, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, par. 73 et 75; voir aussi *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1058). Comme nous le disons précédemment, il y a de bonnes raisons pour que la Cour, à l’instar des tribunaux du Royaume-Uni et d’autres pays, impose au demandeur qui veut se soustraire à l’application d’une clause d’élection de for le fardeau d’établir l’existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à celle-ci.

[175] Les demandes de M<sup>me</sup> Douez, qu’il s’agisse d’appliquer avec « nuance » le test de l’arrêt *Pompey* ou de renverser le fardeau de la preuve quant à l’existence de motifs sérieux, n’ont pas d’assise fondée sur quelque principe ou sur des raisons d’intérêt public. Non seulement elles compromettraient la certitude en droit international privé, mais elles reviendraient aussi à infirmer l’arrêt *Pompey*. La Cour a établi des critères stricts lorsqu’il s’agit de rompre avec un précédent récent (voir p. ex. *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 129-139; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 850-861; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 45-46). Ces critères ne sont pas respectés en l’espèce.

[176] Nous concluons que M<sup>me</sup> Douez n’a pas établi l’existence de motifs sérieux de ne pas donner effet à la clause d’élection de for à laquelle elle a consenti.

#### IV. Dispositif

[177] La clause d’élection de for est valide et exécutoire, et M<sup>me</sup> Douez n’a pas démontré l’existence de motifs sérieux de ne pas lui donner effet. Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.*

*Procureurs de l’appelante : Branch MacMaster, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Procureurs de l’intimée : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lerner, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic (CIPPIC), Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Information Technology Association of Canada: Lax O'Sullivan Lissus Gottlieb, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Interactive Advertising Bureau of Canada: Bennett Jones, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lerner, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko (CIPPIC), Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne de la technologie de l'information : Lax O'Sullivan Lissus Gottlieb, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Bureau de la publicité interactive du Canada : Bennett Jones, Toronto.*

**Google Inc.** *Appellant*

v.

**Equustek Solutions Inc.,  
Robert Angus and  
Clarma Enterprises Inc.** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Canadian Civil Liberties Association,  
OpenMedia Engagement Network,  
Reporters Committee for Freedom of  
the Press, American Society of News Editors,  
Association of Alternative Newsmedia,  
The Center for Investigative Reporting,  
Dow Jones & Company, Inc.,  
First Amendment Coalition,  
First Look Media Works, Inc.,  
New England First Amendment Coalition,  
News Media Alliance (formerly known as  
Newspaper Association of America),  
AOL Inc., California Newspaper  
Publishers Association, The Associated Press,  
The Investigative Reporting Workshop at  
American University, Online News Association,  
Society of Professional Journalists,  
Human Rights Watch, ARTICLE 19,  
Open Net (Korea), Software Freedom  
Law Centre, Center for Technology  
and Society, Wikimedia Foundation,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Electronic Frontier Foundation,  
International Federation of the  
Phonographic Industry, Music Canada,  
Canadian Publishers' Council,  
Association of Canadian Publishers,  
International Confederation of Societies  
of Authors and Composers,  
International Confederation of Music Publishers,  
Worldwide Independent Network**

**Google Inc.** *Appelante*

c.

**Equustek Solutions Inc.,  
Robert Angus et  
Clarma Enterprises Inc.** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
Association canadienne des libertés civiles,  
OpenMedia Engagement Network,  
Reporters Committee for Freedom of  
the Press, American Society of News Editors,  
Association of Alternative Newsmedia,  
The Center for Investigative Reporting,  
Dow Jones & Company, Inc.,  
First Amendment Coalition,  
First Look Media Works, Inc.,  
New England First Amendment Coalition,  
News Media Alliance (anciennement connue  
sous le nom de Newspaper Association  
of America), AOL Inc., California Newspaper  
Publishers Association, The Associated Press,  
The Investigative Reporting Workshop at  
American University, Online News Association,  
Society of Professional Journalists,  
Human Rights Watch, ARTICLE 19,  
Open Net (Korea), Software Freedom  
Law Centre, Center for Technology  
and Society, Wikimedia Foundation,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Electronic Frontier Foundation,  
Fédération internationale de  
l'industrie phonographique, Music Canada,  
Canadian Publishers' Council,  
Association of Canadian Publishers,  
Confédération internationale des sociétés  
d'auteurs et compositeurs,  
Confédération internationale des éditeurs  
de musique, Worldwide Independent**

**and International Federation of Film  
Producers Associations** *Interveners*

**INDEXED AS: GOOGLE INC. v. EQUUSTEK  
SOLUTIONS INC.**

**2017 SCC 34**

File No.: 36602.

2016: December 6; 2017: June 28.

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

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

*Injunctions — Interlocutory injunction — Non-party — Technology company bringing action against distributor for unlawful use and sale of its intellectual property through Internet — Company granted interlocutory injunction against Google, a non-party to underlying action, to cease indexing or referencing certain search results on its Internet search engine — Whether Google can be ordered, pending trial of action, to globally de-index websites of distributor which, in breach of several court orders, is using those websites to unlawfully sell intellectual property of another company — Whether Supreme Court of British Columbia had jurisdiction to grant injunction with extraterritorial effect — Whether, if it did, it was just and equitable to do so.*

E is a small technology company in British Columbia that launched an action against D. E claimed that D, while acting as a distributor of E's products, began to re-label one of the products and pass it off as its own. D also acquired confidential information and trade secrets belonging to E, using them to design and manufacture a competing product. D filed statements of defence disputing E's claims, but eventually abandoned the proceedings and left the province. Some of D's statements of defence were subsequently struck.

Despite court orders prohibiting the sale of inventory and the use of E's intellectual property, D continues to carry on its business from an unknown location, selling its impugned product on its websites to customers all

**Network et Fédération internationale des  
associations de producteurs de films**  
*Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : GOOGLE INC. c. EQUUSTEK  
SOLUTIONS INC.**

**2017 CSC 34**

N° du greffe : 36602.

2016 : 6 décembre; 2017 : 28 juin.

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

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

*Injonctions — Injonction interlocutoire — Tiers — Entreprise de technologie intentant une action contre un distributeur pour utilisation et vente illégales de ses éléments de propriété intellectuelle au moyen d'Internet — Entreprise obtenant une injonction interlocutoire intimant à Google, un tiers à l'action sous-jacente, de cesser le listage et le référencement de certains résultats de son moteur de recherche sur Internet — Google peut-elle se voir ordonner, en attendant l'issue du procès sur l'action, de délistier l'ensemble des sites Web d'un distributeur qui utilise, en contravention avec plusieurs ordonnances judiciaires, ces sites pour vendre illégalement les éléments de propriété intellectuelle d'une autre entreprise? — La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait-elle compétence pour accorder une injonction ayant des effets extraterritoriaux? — Dans l'affirmative, était-il juste et équitable qu'elle le fasse?*

E est une petite entreprise de technologie de la Colombie-Britannique qui a intenté une action contre D. E a soutenu que D, pendant qu'il agissait comme distributeur de ses produits, avait commencé à réétiqueter un de ceux-ci et à le faire passer pour le sien. D a également acquis des renseignements confidentiels et des secrets commerciaux appartenant à E, et les a utilisés pour concevoir et fabriquer un produit concurrent. D a déposé des défenses dans lesquelles il conteste les allégations de E, mais a fini par abandonner les procédures et quitter la province. Certaines défenses de D ont par la suite été radiées.

Malgré les ordonnances judiciaires interdisant la vente de biens figurant dans l'inventaire et l'utilisation des éléments de propriété intellectuelle d'E, D a continué d'exercer ses activités à partir d'un endroit inconnu et a vendu



over the world. E approached Google and requested that it de-index D's websites. Google refused. E then brought court proceedings, seeking an order requiring Google to do so. Google asked E to obtain a court order prohibiting D from carrying on business on the Internet saying it would comply with such an order by removing specific webpages.

An injunction was issued by the Supreme Court of British Columbia ordering D to cease operating or carrying on business through any website. Between December 2012 and January 2013, Google advised E that it had de-indexed 345 specific webpages associated with D. It did not, however, de-index all of D's websites. De-indexing webpages but not entire websites proved to be ineffective since D simply moved the objectionable content to new pages within its websites, circumventing the court orders. Moreover, Google had limited the de-indexing to searches conducted on google.ca. E therefore obtained an interlocutory injunction to enjoin Google from displaying any part of D's websites on any of its search results worldwide. The Court of Appeal for British Columbia dismissed Google's appeal.

*Held* (Côté and Rowe JJ. dissenting): The appeal is dismissed and the worldwide interlocutory injunction against Google is upheld.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: The issue is whether Google can be ordered, pending a trial, to globally de-index D's websites which, in breach of several court orders, is using those websites to unlawfully sell the intellectual property of another company.

The decision to grant an interlocutory injunction is a discretionary one and entitled to a high degree of deference. Interlocutory injunctions are equitable remedies that seek to ensure that the subject matter of the litigation will be preserved so that effective relief will be available when the case is ultimately heard on the merits. Their character as "interlocutory" is not dependent on their duration pending trial. Ultimately, the question is whether granting the injunction is just and equitable in the circumstances of the case.

The test for determining whether the court should exercise its discretion to grant an interlocutory injunction against Google has been met in this case: there is a serious

le produit en cause sur ses sites Web à des clients partout dans le monde. E s'est adressé à Google et lui a demandé de délistier les sites Web de D. Google a refusé. E a ensuite intenté une action visant à obtenir une ordonnance intimant à Google de le faire. Google a demandé à E d'obtenir une ordonnance judiciaire interdisant à D d'exercer des activités sur Internet et lui a dit qu'elle se conformerait à une telle ordonnance en supprimant des pages Web précises.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a décerné une injonction intimant à D de cesser d'exercer des activités sur tout site Web. Entre décembre 2012 et janvier 2013, Google a avisé E qu'elle avait délisté 345 pages Web précises liées à D. Elle n'a toutefois pas délisté tous les sites Web de D. Le délistage de pages Web plutôt que de sites Web au complet s'est révélé inefficace, puisque D avait simplement déplacé le contenu répréhensible vers de nouvelles pages de ses sites Web, contournant ainsi les ordonnances judiciaires. De plus, Google avait limité le délistage aux recherches effectuées sur google.ca. E a donc obtenu une injonction interlocutoire visant à interdire à Google d'afficher toute partie des sites Web de D dans ses résultats de recherche partout dans le monde. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel interjeté par Google.

*Arrêt* (les juges Côté et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et l'injonction interlocutoire mondiale contre Google est confirmée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : La question est de savoir si Google peut se voir ordonner, en attendant la tenue d'un procès, de délistier l'ensemble des sites Web de D, qui utilise, en contravention avec plusieurs ordonnances judiciaires, ces sites pour vendre illégalement les éléments de propriété intellectuelle d'une autre entreprise.

La décision d'accorder une injonction interlocutoire est une décision discrétionnaire qui commande un degré élevé de déférence. Les injonctions interlocutoires sont des réparations en equity qui visent à préserver l'objet du litige, de sorte qu'une réparation efficace sera possible lorsque l'affaire sera finalement jugée au fond. Leur caractère « interlocutoire » ne dépend pas de leur durée dans l'attente du procès. En définitive, il s'agit de déterminer s'il est juste et équitable d'accorder l'injonction eu égard aux circonstances de l'affaire.

On a satisfait en l'espèce au critère applicable pour déterminer si le tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'octroyer une injonction interlocutoire contre

issue to be tried; E is suffering irreparable harm as a result of D's ongoing sale of its competing product through the Internet; and the balance of convenience is in favour of granting the order sought.

Google does not dispute that there is a serious claim, or that E is suffering irreparable harm which it is inadvertently facilitating through its search engine. Nor does it suggest that it would be inconvenienced in any material way, or would incur any significant expense, in de-indexing D's websites. Its arguments are that the injunction is not necessary to prevent irreparable harm to E and is not effective; that as a non-party it should be immune from the injunction; that there is no necessity for the extraterritorial reach of the order; and that there are freedom of expression concerns that should have tipped the balance against granting the order.

Injunctive relief can be ordered against someone who is not a party to the underlying lawsuit. When non-parties are so involved in the wrongful acts of others that they facilitate the harm, even if they themselves are not guilty of wrongdoing, they can be subject to interlocutory injunctions. It is common ground that D was unable to carry on business in a commercially viable way without its websites appearing on Google. The injunction in this case flows from the necessity of Google's assistance to prevent the facilitation of D's ability to defy court orders and do irreparable harm to E. Without the injunctive relief, it was clear that Google would continue to facilitate that ongoing harm.

Where it is necessary to ensure the injunction's effectiveness, a court can grant an injunction enjoining conduct anywhere in the world. The problem in this case is occurring online and globally. The Internet has no borders — its natural habitat is global. The only way to ensure that the interlocutory injunction attained its objective was to have it apply where Google operates — globally. If the injunction were restricted to Canada alone or to google.ca, the remedy would be deprived of its intended ability to prevent irreparable harm, since purchasers outside Canada could easily continue purchasing from D's websites, and Canadian purchasers could find D's websites even if those websites were de-indexed on google.ca.

Google's argument that a global injunction violates international comity because it is possible that the order could not have been obtained in a foreign jurisdiction, or that to comply with it would result in Google violating

Google : il existe une question sérieuse à juger, E subit un préjudice irréparable du fait que D continue de vendre son produit concurrent sur Internet et la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi de l'ordonnance sollicitée.

Google ne conteste pas le fait qu'il existe une demande sérieuse ou que E subit un préjudice irréparable qu'elle facilite par inadvertance au moyen de son moteur de recherche. Elle ne soutient pas non plus qu'elle subirait des inconvénients appréciables ou qu'elle engagerait des dépenses importantes en délistant les sites Web de D. Ses arguments sont les suivants : l'injonction n'est pas nécessaire pour empêcher E de subir un préjudice irréparable et n'est pas efficace; en tant que tiers, elle devrait échapper à l'injonction; il n'est pas nécessaire que l'ordonnance ait une portée extraterritoriale; des questions relatives à la liberté d'expression auraient dû faire pencher la balance contre l'octroi de l'ordonnance.

Une injonction peut être décernée contre un tiers par rapport à l'action sous-jacente. Des tiers qui sont mêlés aux actes fautifs d'autres personnes à un point tel qu'ils facilitent le préjudice peuvent, même s'ils n'ont eux-mêmes commis aucun acte répréhensible, faire l'objet d'injonctions interlocutoires. Nul ne conteste que D ne pouvait pas exercer des activités d'une façon viable sur le plan commercial si ses sites Web n'apparaissaient pas sur Google. L'injonction en l'espèce découle du fait que le concours de Google est nécessaire pour ne pas faciliter la violation d'ordonnances judiciaires par D et causer un préjudice irréparable à E. Sans cette injonction, il était clair que Google continuerait de faciliter ce préjudice continu.

Lorsqu'il faut assurer l'efficacité de l'injonction, un tribunal peut accorder une injonction dictant une conduite à adopter n'importe où dans le monde. Le problème en l'espèce se pose en ligne et à l'échelle mondiale. L'Internet n'a pas de frontières — son habitat naturel est mondial. La seule façon de s'assurer que l'injonction interlocutoire atteint son objectif est de la faire appliquer là où Google exerce ses activités, c'est-à-dire mondialement. Si l'injonction se limitait au Canada seulement ou à google.ca, la réparation ne pourrait pas empêcher comme il se doit le préjudice irréparable, car les acheteurs à l'extérieur du Canada pourraient facilement continuer à acheter des produits sur les sites Web de D et les acheteurs canadiens pourraient trouver ces sites même si ceux-ci ont été délistés de google.ca.

L'argument de Google selon lequel une injonction mondiale contrevient au principe de la courtoisie internationale parce qu'il est possible que l'ordonnance ne puisse pas être accordée dans un autre pays ou que Google viole

the laws of that jurisdiction, is theoretical. If Google has evidence that complying with such an injunction would require it to violate the laws of another jurisdiction, including interfering with freedom of expression, it is always free to apply to the British Columbia courts to vary the interlocutory order accordingly. To date, Google has made no such application. In the absence of an evidentiary foundation, and given Google's right to seek a rectifying order, it is not equitable to deny E the extraterritorial scope it needs to make the remedy effective, or even to put the onus on it to demonstrate, country by country, where such an order is legally permissible.

D and its representatives have ignored all previous court orders made against them, have left British Columbia, and continue to operate their business from unknown locations outside Canada. E has made efforts to locate D with limited success. D is only able to survive — at the expense of E's survival — on Google's search engine which directs potential customers to D's websites. This makes Google the determinative player in allowing the harm to occur. On balance, since the world-wide injunction is the only effective way to mitigate the harm to E pending the trial, the only way, in fact, to preserve E itself pending the resolution of the underlying litigation, and since any countervailing harm to Google is minimal to non-existent, the interlocutory injunction should be upheld.

*Per Côté and Rowe JJ. (dissenting):* While the court had jurisdiction to issue the injunctive order against Google, it should have refrained from doing so. Numerous factors affecting the grant of an injunction strongly favour judicial restraint in this case.

First, the Google Order in effect amounts to a final determination of the action because it removes any potential benefit from proceeding to trial. In its original underlying claim, E sought injunctions modifying the way D carries out its website business. E has been given more injunctive relief than it sought in its originating claim, including requiring D to cease website business altogether. Little incentive remains for E to return to court to seek a lesser injunctive remedy. This is evidenced by E's choice to not seek default judgment during the roughly five years which have passed since it was given leave to do so. The Google Order provides E with more equitable relief than it sought

les lois de ce pays en se conformant à celle-ci est théorique. Si Google dispose d'éléments de preuve démontrant que, pour se conformer à une telle injonction, elle doit contrevenir aux lois d'un autre pays, et notamment porter atteinte à la liberté d'expression, elle peut toujours demander aux tribunaux de la Colombie-Britannique de modifier l'ordonnance interlocutoire en conséquence. Jusqu'à maintenant, Google n'a pas présenté une telle demande. En l'absence d'un fondement de preuve, et compte tenu du droit de Google de demander une ordonnance de rectification, il n'est pas équitable de refuser d'accorder à E la portée extraterritoriale dont elle a besoin pour rendre la réparation efficace, ou même de lui imposer le fardeau de démontrer où — pays par pays — une telle ordonnance est légalement autorisée.

D et ses représentants ont fait abstraction de toutes les ordonnances judiciaires antérieures prononcées contre eux, ont quitté la Colombie-Britannique et continuent d'exploiter leur entreprise à partir d'endroits inconnus à l'extérieur du Canada. E a cherché à localiser D, mais avec peu de succès. D ne doit sa survie — au détriment de celle d'E — qu'au moteur de recherche de Google, lequel dirige les clients potentiels vers ses sites Web. Ces circonstances font en sorte que Google a joué un rôle déterminant en permettant au préjudice de se produire. Tout bien considéré, puisqu'une injonction mondiale est la seule façon efficace de réduire le préjudice causé à E jusqu'à l'issue du procès — la seule façon, en fait, de préserver E elle-même jusqu'à ce que le litige sous-jacent soit réglé — et puisque le préjudice subi par Google en contrepois est minime, voire inexistant, l'injonction interlocutoire devrait être confirmée.

*Les juges Côté et Rowe (dissidents) :* Même si le tribunal avait compétence pour prononcer l'injonction contre Google, il aurait dû s'abstenir de le faire. De nombreux facteurs à prendre en considération pour décider s'il y a lieu d'accorder ou non une injonction militent fortement en faveur de la retenue judiciaire en l'espèce.

Premièrement, l'ordonnance visant Google équivaut en fait au règlement final de l'action puisqu'il n'existe plus d'avantage possible à tirer d'un procès. Dans sa demande initiale sous-jacente, E a demandé des injonctions modifiant la façon dont D exerce ses activités au moyen de sites Web. E a obtenu une injonction supérieure à celle qu'elle avait sollicitée dans sa demande initiale, injonction prévoyant notamment que D cesse complètement ses activités au moyen de tout site Web. E n'a guère avantage à retourner devant le tribunal pour obtenir une injonction moins sévère, comme en témoigne son choix de ne pas demander de jugement par défaut pendant la période d'environ cinq

against D and gives E an additional remedy that is final in nature. The order against Google, while interlocutory in form, is final in effect. The test for interlocutory injunctions does not apply to an order that is effectively final. In these circumstances, an extensive review of the merits of this case was therefore required but was not carried out by the court below, contrary to caselaw. The Google Order does not meet the test for a permanent injunction. Although E's claims were supported by a good *prima facie* case, it was not established that D designed and sold counterfeit versions of E's product, or that this resulted in trademark infringement and unlawful appropriation of trade secrets.

Second, Google is a non-party to the proceedings between E and D. E alleged that Google's search engine was facilitating D's ongoing breach by leading customers to D's websites. However, the prior order that required D to cease carrying on business through any website was breached as soon as D established a website to conduct its business, regardless of how visible that website might be through Google searches. Google did not aid or abet the doing of the prohibited act.

Third, the Google Order is mandatory and requires ongoing modification and supervision because D is launching new websites to replace de-listed ones. Courts should avoid granting injunctions that require such cumbersome court-supervised updating.

Furthermore, the Google Order has not been shown to be effective in making D cease operating or carrying on business through any website. Moreover, the Google Order does not assist E in modifying D's websites, as E sought in its originating claim for injunctive relief. The most that can be said is the Google Order might reduce the harm to E. But it has not been shown that the Google Order is effective in doing so. D's websites can be found using other search engines, links from other sites, bookmarks, email, social media, printed material, word-of-mouth, or other indirect means. D's websites are open for business on the Internet whether Google searches list them or not.

ans qui s'est écoulée depuis qu'elle a obtenu l'autorisation de ce faire. L'ordonnance visant Google fournit à E une réparation en equity supérieure à celle sollicitée contre D et lui accorde une réparation additionnelle de nature finale. Bien que de forme interlocutoire, l'ordonnance visant Google a un effet final. Le critère relatif aux injonctions interlocutoires ne s'applique pas à une ordonnance qui est en fait finale. Dans ces circonstances, il fallait donc procéder à un examen approfondi sur le fond, lequel n'a pas été effectué par la juridiction inférieure, contrairement à la jurisprudence. L'ordonnance visant Google ne satisfait pas au critère applicable à l'octroi d'une injonction permanente. Même si les allégations d'E reposaient sur une preuve à première vue valable, il n'a pas été établi que D a conçu et vendu des versions contrefaites de son produit ou que cela a causé une contrefaçon de marque de commerce et une appropriation illégale de secrets commerciaux.

Deuxièmement, Google est un tiers à l'instance opposant E et D. E a soutenu qu'en dirigeant les clients vers les sites Web de D, le moteur de recherche de Google facilitait la perpétration continue par D de la violation reprochée. Cependant, il y a eu manquement à l'ordonnance antérieure intimant à D de cesser d'exercer des activités par l'entremise de tout site Web dès que D a créé un site Web pour exercer ses activités, peu importe à quel point ce site était visible lors de recherches sur Google. Google n'a pas aidé à la perpétration de l'acte prohibé ni encouragé celle-ci.

Troisièmement, l'ordonnance visant Google est une ordonnance mandatoire qui nécessite des modifications et une supervision continues parce que D met en service de nouveaux sites Web pour remplacer ceux qui sont délistés. Les tribunaux devraient éviter d'accorder des injonctions impliquant un processus aussi lourd de mise à jour sous supervision judiciaire.

En outre, il n'a pas été démontré que l'ordonnance visant Google constituait un moyen efficace pour empêcher D d'exercer des activités par l'entremise de tout site Web. De plus, l'ordonnance visant Google n'aide pas E à faire modifier les sites Web de D, comme E l'a demandé dans sa demande initiale d'injonction. Le plus que l'on puisse dire, c'est que l'ordonnance visant Google pourrait réduire le préjudice causé à E. Mais il n'a pas été démontré que cette ordonnance constitue un moyen efficace de ce faire. On peut trouver les sites Web de D à l'aide d'autres moteurs de recherche, de liens d'autres sites, de signets, de courriels, de médias sociaux, de documents imprimés, du bouche à oreille ou d'autres moyens indirects. Peu importe s'ils apparaissent ou non dans les résultats d'une recherche sur Google, les sites Web de D sont néanmoins accessibles aux clients potentiels sur Internet.

Finally, there are alternative remedies available to E. E sought a world-wide *Mareva* injunction to freeze D's assets in France, but the Court of Appeal for British Columbia urged E to pursue a remedy in French courts. There is no reason why E cannot do what the Court of Appeal urged it to do. E could also pursue injunctive relief against the ISP providers. In addition, E could initiate contempt proceedings in France or in any other jurisdiction with a link to the illegal websites. Therefore, the Google Order ought not to have been granted.

### Cases Cited

By Abella J.

**Applied:** *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1996] 2 S.C.R. 1048; **considered:** *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133; *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509; **referred to:** *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Seaward v. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545; *York University v. Bell Canada Enterprises* (2009), 311 D.L.R. (4th) 755; *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2016] EWCA Civ 658, [2017] 1 All E.R. 700; *Warner-Lambert Co. v. Actavis Group PTC EHF*, [2015] EWHC 485 (Pat.), 144 B.M.L.R. 194; *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2; *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. v. Transat Tours Canada Inc.*, 2007 SCC 20, [2007] 1 S.C.R. 867; *Mooney v. Orr* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 318; *Babanaft International Co. S.A. v. Bassatne*, [1990] 1 Ch. 13; *Republic of Haiti v. Duvalier*, [1990] 1 Q.B. 202; *Derby & Co. v. Weldon*, [1990] 1 Ch. 48; *Derby & Co. v. Weldon (Nos. 3 and 4)*, [1990] 1 Ch. 65.

By Côté and Rowe JJ. (dissenting)

*RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *Fourie v. Le Roux*, [2007] UKHL 1, [2007] 1 All E.R. 1087; *Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co.*, [1915] 2 K.B. 536; *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2014] EWHC 3354 (Ch.), [2015] 1 All E.R. 949; *Mercedes Benz A.G. v. Leiduck*, [1996] 1 A.C. 284; *John Deere Ltd. v. Firdale Farms Ltd.* (1987), 45 D.L.R. (4th) 641; *Parkin v. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698; *Schooff v. British Columbia (Medical Services Commission)*, 2010 BCCA 396, 323 D.L.R. (4th) 680; *McIsaac v. Healthy Body*

Enfin, d'autres recours s'offrent à E. Cette dernière a demandé une injonction *Mareva* de portée mondiale pour geler les biens de D en France, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a recommandé avec insistance à E d'exercer un recours devant les tribunaux français. Il n'y a pas de raison qu'E ne puisse pas faire ce que la Cour d'appel lui a recommandé avec insistance de faire. E pourrait également demander une injonction contre les fournisseurs de services Internet. De plus, E pourrait tenter une procédure pour outrage en France ou dans tout autre pays ayant un lien avec les sites Web illégaux. En conséquence, l'ordonnance visant Google n'aurait pas dû être accordée.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêts appliqués :** *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1996] 2 R.C.S. 1048; **arrêts examinés :** *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133; *Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509; **arrêts mentionnés :** *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Seaward c. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545; *York University c. Bell Canada Enterprises* (2009), 311 D.L.R. (4th) 755; *Cartier International AG c. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2016] EWCA Civ 658, [2017] 1 All E.R. 700; *Warner-Lambert Co. c. Actavis Group PTC EHF*, [2015] EWHC 485 (Pat.), 144 B.M.L.R. 194; *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2; *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc.*, 2007 CSC 20, [2007] 1 R.C.S. 867; *Mooney c. Orr* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 318; *Babanaft International Co. S.A. c. Bassatne*, [1990] 1 Ch. 13; *Republic of Haiti c. Duvalier*, [1990] 1 Q.B. 202; *Derby & Co. c. Weldon*, [1990] 1 Ch. 48; *Derby & Co. c. Weldon (Nos. 3 and 4)*, [1990] 1 Ch. 65.

Citée par les juges Côté et Rowe (dissidents)

*RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Fourie c. Le Roux*, [2007] UKHL 1, [2007] 1 All E.R. 1087; *Guaranty Trust Co. of New York c. Hannay & Co.*, [1915] 2 K.B. 536; *Cartier International AG c. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2014] EWHC 3354 (Ch.), [2015] 1 All E.R. 949; *Mercedes Benz A.G. c. Leiduck*, [1996] 1 A.C. 284; *John Deere Ltd. c. Firdale Farms Ltd.* (1987), 45 D.L.R. (4th) 641; *Parkin c. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698; *Schooff c. British Columbia (Medical Services Commission)*, 2010 BCCA 396, 323 D.L.R. (4th) 680; *McIsaac c. Healthy Body*

*Services Inc.*, 2009 BCSC 1716; *Plouffe v. Roy*, 2007 CanLII 37693; *Spiller v. Brown* (1973), 43 D.L.R. (3d) 140; *1711811 Ontario Ltd. v. Buckley Insurance Brokers Ltd.*, 2014 ONCA 125, 371 D.L.R. (4th) 643; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1996] 2 S.C.R. 1048; *Seaward v. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545; *Acrow (Automation) Ltd. v. Rex Chainbelt Inc.*, [1971] 1 W.L.R. 1676; *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133; *National Commercial Bank of Jamaica Ltd. v. Olint Corp.*, [2009] 1 W.L.R. 1405; *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652; *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.*, [1998] A.C. 1; *Attorney General v. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109.

### Statutes and Regulations Cited

*Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2680 (1998).  
*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.  
*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 39(1).

### Authors Cited

Bean, David, Andrew Burns and Isabel Parry. *Injunctions*, 11th ed. London: Sweet & Maxwell, 2012.  
 Berryman, Jeffrey. *The Law of Equitable Remedies*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.  
 Black, Vaughan, and Edward Babin. “Mareva Injunctions in Canada: Territorial Aspects” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 430.  
 Fraser, Peter G., John W. Horn and Susan A. Griffin. *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007 (loose-leaf updated December 2016, release 24).  
 Pitel, Stephen G. A., and Andrew Valentine. “The Evolution of the Extra-territorial Mareva Injunction in Canada: Three Issues” (2006), 2 *J. Priv. Int’l L.* 339.  
 Riordan, Jaani. *The Liability of Internet Intermediaries*. Oxford: Oxford University Press, 2016.  
 Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 1992 (updated November 2016, release 25).  
 Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook, 2014.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Frankel, Groberman and Harris JJ.A.), 2015 BCCA 265, 75 B.C.L.R. (5th) 315, 373 B.C.A.C. 240, 641 W.A.C. 240, 39 B.L.R. (5th) 175, 71 C.P.C. (7th) 215, 135 C.P.R. (4th) 173, 386 D.L.R. (4th) 224, [2015] 11 W.W.R. 45, [2015]

*Body Services Inc.*, 2009 BCSC 1716; *Plouffe c. Roy*, 2007 CanLII 37693; *Spiller c. Brown* (1973), 43 D.L.R. (3d) 140; *1711811 Ontario Ltd. c. Buckley Insurance Brokers Ltd.*, 2014 ONCA 125, 371 D.L.R. (4th) 643; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1996] 2 R.C.S. 1048; *Seaward c. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545; *Acrow (Automation) Ltd. c. Rex Chainbelt Inc.*, [1971] 1 W.L.R. 1676; *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133; *National Commercial Bank of Jamaica Ltd. c. Olint Corp.*, [2009] 1 W.L.R. 1405; *Redland Bricks Ltd. c. Morris*, [1970] A.C. 652; *Co-operative Insurance Society Ltd. c. Argyll Stores (Holdings) Ltd.*, [1998] A.C. 1; *Attorney General c. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109.

### Lois et règlements cités

*Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2680 (1998).  
*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, art. 36.  
*Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, art. 39(1).

### Doctrine et autres documents cités

Bean, David, Andrew Burns and Isabel Parry. *Injunctions*, 11th ed., London, Sweet & Maxwell, 2012.  
 Berryman, Jeffrey. *The Law of Equitable Remedies*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2013.  
 Black, Vaughan, and Edward Babin. « Mareva Injunctions in Canada : Territorial Aspects » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 430.  
 Fraser, Peter G., John W. Horn and Susan A. Griffin. *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2007 (loose-leaf updated December 2016, release 24).  
 Pitel, Stephen G. A., and Andrew Valentine. « The Evolution of the Extra-territorial Mareva Injunction in Canada : Three Issues » (2006), 2 *J. Priv. Int’l L.* 339.  
 Riordan, Jaani. *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford, Oxford University Press, 2016.  
 Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf ed. Toronto, Canada Law Book, 1992 (updated November 2016, release 25).  
 Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies : Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed., Pyrmont (N.S.W.), Lawbook, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Frankel, Groberman et Harris), 2015 BCCA 265, 75 B.C.L.R. (5th) 315, 373 B.C.A.C. 240, 641 W.A.C. 240, 39 B.L.R. (5th) 175, 71 C.P.C. (7th) 215, 135 C.P.R. (4th) 173, 386 D.L.R. (4th) 224, [2015] 11 W.W.R.

B.C.J. No. 1193 (QL), 2015 CarswellBC 1590 (WL Can.), affirming a decision of Fenlon J., 2014 BCSC 1063, 63 B.C.L.R. (5th) 145, 28 B.L.R. (5th) 265, 374 D.L.R. (4th) 537, [2014] 10 W.W.R. 652, [2014] B.C.J. No. 1190 (QL), 2014 CarswellBC 1694 (WL Can.), granting an interlocutory injunction against Google. Appeal dismissed, Côté and Rowe JJ. dissenting.

*William C. McDowell, Marguerite F. Ethier and Scott M. J. Rollwagen*, for the appellant.

*Robbie Fleming and Michael Sobkin*, for the respondents.

*Jeffrey G. Johnston*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Sandra Nishikawa, John Corelli and Brent Kettles*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Mathew Good*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Cynthia Khoo*, for the intervener the OpenMedia Engagement Network.

Written submissions only by *Iris Fischer and Helen Richards*, for the interveners the Reporters Committee for Freedom of the Press, the American Society of News Editors, the Association of Alternative Newsmedia, The Center for Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc., the First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc., the New England First Amendment Coalition, the News Media Alliance (formerly known as the Newspaper Association of America), AOL Inc., the California Newspaper Publishers Association, The Associated Press, The Investigative Reporting Workshop at American University, the Online News Association and the Society of Professional Journalists.

Written submissions only by *Paul Schabas and Kaley Pulfer*, for the interveners Human Rights Watch, ARTICLE 19, Open Net (Korea), the Software Freedom Law Centre and the Center for Technology and Society.

45, [2015] B.C.J. No. 1193 (QL), 2015 CarswellBC 1590 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Fenlon, 2014 BCSC 1063, 63 B.C.L.R. (5th) 145, 28 B.L.R. (5th) 265, 374 D.L.R. (4th) 537, [2014] 10 W.W.R. 652, [2014] B.C.J. No. 1190 (QL), 2014 CarswellBC 1694 (WL Can.), accordant une injonction interlocutoire contre Google. Pourvoi rejeté, les juges Côté et Rowe sont dissidents.

*William C. McDowell, Marguerite F. Ethier et Scott M. J. Rollwagen*, pour l'appelante.

*Robbie Fleming et Michael Sobkin*, pour les intimés.

*Jeffrey G. Johnston*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Sandra Nishikawa, John Corelli et Brent Kettles*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Mathew Good*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Cynthia Khoo*, pour l'intervenant OpenMedia Engagement Network.

Argumentation écrite seulement par *Iris Fischer et Helen Richards*, pour les intervenants Reporters Committee for Freedom of the Press, American Society of News Editors, Association of Alternative Newsmedia, The Center for Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc., First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc., New England First Amendment Coalition, News Media Alliance (anciennement connue sous le nom de Newspaper Association of America), AOL Inc., California Newspaper Publishers Association, The Associated Press, The Investigative Reporting Workshop at American University, Online News Association et Society of Professional Journalists.

Argumentation écrite seulement par *Paul Schabas et Kaley Pulfer*, pour les intervenants Human Rights Watch, ARTICLE 19, Open Net (Korea), Software Freedom Law Centre et Center for Technology and Society.

Written submissions only by *David T. S. Fraser* and *Jane O'Neill*, for the intervener the Wikimedia Foundation.

*Justin Safayeni* and *Carlo Di Carlo*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*David Wotherspoon* and *Daniel Byma*, for the intervener the Electronic Frontier Foundation.

*Barry B. Sookman*, *Dan Glover* and *Miranda Lam*, for the interveners the International Federation of the Phonographic Industry, Music Canada, the Canadian Publishers' Council, the Association of Canadian Publishers, the International Confederation of Societies of Authors and Composers, the International Confederation of Music Publishers and the Worldwide Independent Network.

*Gavin MacKenzie* and *Brooke MacKenzie*, for the intervener the International Federation of Film Producers Associations.

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

[1] ABELLA J. — The issue in this appeal is whether Google can be ordered, pending a trial, to globally de-index the websites of a company which, in breach of several court orders, is using those websites to unlawfully sell the intellectual property of another company. The answer turns on classic interlocutory injunction jurisprudence: is there a serious issue to be tried; would irreparable harm result if the injunction were not granted; and does the balance of convenience favour granting or refusing the injunction. Ultimately, the question is whether granting the injunction would be just and equitable in all the circumstances of the case.

Argumentation écrite seulement par *David T. S. Fraser* et *Jane O'Neill*, pour l'intervenante Wikimedia Foundation.

*Justin Safayeni* et *Carlo Di Carlo*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*David Wotherspoon* et *Daniel Byma*, pour l'intervenante Electronic Frontier Foundation.

*Barry B. Sookman*, *Dan Glover* et *Miranda Lam*, pour les intervenants la Fédération internationale de l'industrie phonographique, Music Canada, Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs, la Confédération internationale des éditeurs de musique et Worldwide Independent Network.

*Gavin MacKenzie* et *Brooke MacKenzie*, pour l'intervenante la Fédération internationale des associations de producteurs de films.

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

[1] LA JUGE ABELLA — La question en l'espèce est de savoir si Google peut se voir ordonner, en attendant la tenue d'un procès, de délistier l'ensemble des sites Web d'une entreprise qui utilise, en contravention avec plusieurs ordonnances judiciaires, ces sites pour vendre illégalement les éléments de propriété intellectuelle d'une autre entreprise. La réponse repose sur la jurisprudence classique sur les injonctions interlocutoires : existe-t-il une question sérieuse à juger, le fait de ne pas accorder d'injonction causerait-il un préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients favorise-t-elle l'octroi ou le rejet de l'injonction? En définitive, il s'agit de déterminer s'il serait juste et équitable d'accorder l'injonction eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire.



### Background

[2] Equustek Solutions Inc. is a small technology company in British Columbia. It manufactures networking devices that allow complex industrial equipment made by one manufacturer to communicate with complex industrial equipment made by another manufacturer.

[3] The underlying action between Equustek and the Datalink defendants (Morgan Jack, Datalink Technology Gateways Inc., and Datalink Technologies Gateways LLC — “Datalink”) was launched by Equustek on April 12, 2011. It claimed that Datalink, while acting as a distributor of Equustek’s products, began to re-label one of the products and pass it off as its own. Datalink also acquired confidential information and trade secrets belonging to Equustek, using them to design and manufacture a competing product, the GW1000. Any orders for Equustek’s product were filled with the GW1000. When Equustek discovered this in 2011, it terminated the distribution agreement it had with Datalink and demanded that Datalink delete all references to Equustek’s products and trademarks on its websites.

[4] The Datalink defendants filed statements of defence disputing Equustek’s claims.

[5] On September 23, 2011, Leask J. granted an injunction ordering Datalink to return to Equustek any source codes, board schematics, and any other documentation it may have had in its possession that belonged to Equustek. The court also prohibited Datalink from referring to Equustek or any of Equustek’s products on its websites. It ordered Datalink to post a statement on its websites informing customers that Datalink was no longer a distributor of Equustek products and directing customers interested in Equustek’s products to Equustek’s website. In addition, Datalink was ordered to give Equustek a list of customers who had ordered an Equustek product from Datalink.

[6] On March 21, 2012, Fenlon J. found that Datalink had not properly complied with this order

### Contexte

[2] Equustek Solutions Inc. est une petite entreprise de technologie de la Colombie-Britannique. Elle fabrique des dispositifs de réseautage qui permettent la communication entre des appareils industriels complexes produits par différents fabricants.

[3] L’action sous-jacente entre Equustek et le groupe défendeur Datalink (Morgan Jack, Datalink Technology Gateways Inc. et Datalink Technologies Gateways LLC — « Datalink ») a été intentée par Equustek le 12 avril 2011. Equustek a soutenu que Datalink, pendant qu’il agissait comme distributeur de ses produits, avait commencé à réétiqueter un de ceux-ci et à le faire passer pour le sien. Datalink a également acquis des renseignements confidentiels et des secrets commerciaux appartenant à Equustek, et les a utilisés pour concevoir et fabriquer un produit concurrent, le GW1000. Pour toute commande d’un produit d’Equustek, le produit GW1000 était envoyé. Lorsqu’Equustek a découvert cela en 2011, elle a mis fin à l’entente de distribution qu’elle avait avec Datalink et a exigé que celui-ci supprime toutes les mentions des produits et des marques de commerce d’Equustek sur ses sites Web.

[4] Le groupe Datalink a déposé des défenses dans lesquelles il conteste les allégations d’Equustek.

[5] Le 23 septembre 2011, le juge Leask a accordé une injonction ordonnant à Datalink de remettre à Equustek les codes sources, les schémas et tout autre document appartenant à Equustek qu’il pourrait avoir en sa possession. La cour a également interdit à Datalink de faire référence à Equustek ou à ses produits sur ses sites Web. Elle lui a ordonné d’afficher sur ses sites Web un avis informant les clients que Datalink ne distribuait plus les produits d’Equustek et dirigeant les clients intéressés par ces produits vers le site Web de cette entreprise. De plus, Datalink s’est vu ordonner de remettre à Equustek la liste des clients qui avaient commandé un produit d’Equustek auprès de Datalink.

[6] Le 21 mars 2012, la juge Fenlon a conclu que Datalink ne s’était pas dûment conformé à cette

and directed it to produce a new customer list and make certain changes to the notices on their websites.

[7] Datalink abandoned the proceedings and left the jurisdiction without producing any documents or complying with any of the orders. Some of Datalink's statements of defence were subsequently struck.

[8] On July 26, 2012, Punnett J. granted a *Mareva* injunction freezing Datalink's worldwide assets, including its entire product inventory. He found that Datalink had incorporated "a myriad of shell corporations in different jurisdictions", continued to sell the impugned product, reduced prices to attract more customers, and was offering additional services that Equustek claimed disclosed more of its trade secrets. He concluded that Equustek would suffer irreparable harm if the injunction were not granted, and that, on the balance of convenience and due to a real risk of the dissipation of assets, it was just and equitable to grant the injunction against Datalink.

[9] On August 3, 2012, Fenlon J. granted another interlocutory injunction prohibiting Datalink from dealing with broader classes of intellectual property, including "any use of whole categories of documents and information that lie at the heart of any business of a kind engaged in by both parties". She noted that Equustek's "earnings ha[d] fallen drastically since [Datalink] began [its] impugned activities" and concluded that "the effect of permitting [Datalink] to carry on [its] business [would] also cause irreparable harm to [Equustek]".

[10] On September 26, 2012, Equustek brought an application to have Datalink and its principal, Morgan Jack, found in contempt. No one appeared on behalf of Datalink. Groves J. issued a warrant for Morgan Jack's arrest. It remains outstanding.

ordonnance et lui a ordonné de produire une nouvelle liste de clients et d'apporter certaines modifications aux avis affichés sur ses sites Web.

[7] Datalink a abandonné les procédures et a quitté la province sans produire les documents et sans se conformer aux ordonnances. Certaines défenses de Datalink ont par la suite été radiées.

[8] Le 26 juillet 2012, le juge Punnett a accordé une injonction *Mareva* gelant l'actif global de Datalink, y compris son inventaire complet de produits. Il a conclu que Datalink avait incorporé [TRADUCTION] « une myriade de coquilles vides dans différents pays », avait continué de vendre le produit en cause et avait réduit les prix pour attirer plus de clients, et que ce groupe offrait des services additionnels qui, selon Equustek, entraînaient la divulgation d'autres secrets commerciaux de son entreprise. Il a conclu qu'Equustek subirait un préjudice irréparable si l'injonction n'était pas accordée, et que, selon la prépondérance des inconvénients et en raison d'un risque réel de dilapidation de l'actif, il était juste et équitable qu'une injonction soit prononcée contre Datalink.

[9] Le 3 août 2012, la juge Fenlon a décerné une autre injonction interlocutoire contre Datalink, lui interdisant d'utiliser des catégories plus larges d'éléments de propriété intellectuelle, ce qui comprenait [TRADUCTION] « l'utilisation de catégories entières de documents et de renseignements qui sont au cœur d'activités du type de celles auxquelles se livrent les deux parties ». Elle a souligné que les gains d'Equustek « ont chuté considérablement depuis que [. . .] Datalink [a] commencé à exercer les activités contestées », et a conclu que « le fait de permettre à [Datalink] d'exercer [ses] activités [causerait] aussi un préjudice irréparable à [Equustek] ».

[10] Le 26 septembre 2012, Equustek a présenté une demande pour faire déclarer coupables d'outrage au tribunal les sociétés Datalink et leur directeur, Morgan Jack. Personne n'a comparu pour Datalink. Le juge Groves a délivré un mandat d'arrestation contre Morgan Jack, mais celui-ci demeure non exécuté.

[11] Despite the court orders prohibiting the sale of inventory and the use of Equustek's intellectual property, Datalink continues to carry on its business from an unknown location, selling its impugned product on its websites to customers all over the world.

[12] Not knowing where Datalink or its suppliers were, and finding itself unable to have the websites removed by the websites' hosting companies, Equustek approached Google in September 2012 and requested that it de-index the Datalink websites. Google refused. Equustek then brought court proceedings seeking an order requiring Google to do so.

[13] When it was served with the application materials, Google asked Equustek to obtain a court order prohibiting Datalink from carrying on business on the Internet. Google told Equustek it would comply with such an order by removing specific webpages. Pursuant to its internal policy, Google only voluntarily de-indexes individual webpages, not entire websites. Equustek agreed to try this approach.

[14] On December 13, 2012, Equustek appeared in court with Google. An injunction was issued by Tindale J. ordering Datalink to "cease operating or carrying on business through any website". Between December 2012 and January 2013, Google advised Equustek that it had de-indexed 345 specific webpages associated with Datalink. It did not, however, de-index *all* of the Datalink websites.

[15] Equustek soon discovered that de-indexing webpages but not entire websites was ineffective since Datalink simply moved the objectionable content to new pages within its websites, circumventing the court orders.

[16] Google had limited the de-indexing to those searches that were conducted on google.ca. Google's search engine operates through dedicated websites all over the world. The Internet search services are

[11] Malgré les ordonnances judiciaires interdisant la vente de biens figurant dans l'inventaire et l'utilisation des éléments de propriété intellectuelle d'Equustek, Datalink a continué d'exercer ses activités à partir d'un endroit inconnu et a vendu le produit en cause sur ses sites Web à des clients partout dans le monde.

[12] Puisqu'elle ne savait pas où Datalink ou ses fournisseurs se trouvaient, et qu'elle était incapable de faire retirer les sites Web par les entreprises les hébergeant, Equustek s'est adressée à Google en septembre 2012 et lui a demandé de délistier les sites Web de Datalink. Google a refusé. Equustek a ensuite intenté une action visant à obtenir une ordonnance intimant à Google de le faire.

[13] Lorsqu'elle s'est vu signifier les documents relatifs à la demande, Google a demandé à Equustek d'obtenir une ordonnance judiciaire interdisant à Datalink d'exercer des activités sur Internet. Google a dit à Equustek qu'elle se conformerait à une telle ordonnance en supprimant des pages Web précises. Selon sa politique interne, Google ne déliste volontairement que des pages Web déterminées, et non des sites complets. Equustek a accepté d'essayer cette approche.

[14] Le 13 décembre 2012, Equustek a comparu devant le tribunal avec Google. Le juge Tindale a décerné une injonction intimant à Datalink de [TRADUCTION] « cesser d'exercer des activités sur tout site Web ». Entre décembre 2012 et janvier 2013, Google a avisé Equustek qu'elle avait délisté 345 pages Web précises liées à Datalink. Elle n'a toutefois pas délisté *tous* les sites Web de Datalink.

[15] Equustek s'est vite aperçue que le délistage de pages Web plutôt que de sites Web au complet n'était pas efficace, puisque Datalink avait simplement déplacé le contenu répréhensible vers de nouvelles pages de ses sites Web, contournant ainsi les ordonnances judiciaires.

[16] Google avait limité le délistage aux recherches effectuées sur google.ca. Le moteur de recherche de Google fonctionne grâce à des sites Web spécialisés partout dans le monde. Les services de recherche sur

free, but Google earns money by selling advertising space on the webpages that display search results. Internet users with Canadian Internet Protocol addresses are directed to “google.ca” when performing online searches. But users can also access different Google websites directed at other countries by using the specific Uniform Resource Locator, or URL, for those sites. That means that someone in Vancouver, for example, can access the Google search engine as though he or she were in another country simply by typing in that country’s Google URL. Potential Canadian customers could, as a result, find Datalink’s websites even if they were blocked on google.ca. Given that the majority of the sales of Datalink’s GW1000 were to purchasers outside of Canada, Google’s de-indexing did not have the necessary protective effect.

[17] Equustek therefore sought an interlocutory injunction to enjoin Google from displaying any part of the Datalink websites on any of its search results worldwide. Fenlon J. granted the order (374 D.L.R. (4th) 537 (B.C.S.C.)). The operative part states:

Within 14 days of the date of this order, Google Inc. is to cease indexing or referencing in search results on its internet search engines the [Datalink] websites . . . , including all of the subpages and subdirectories of the listed websites, *until the conclusion of the trial of this action or further order of this court.* [Emphasis added.]

[18] Fenlon J. noted that Google controls between 70-75 percent of the global searches on the Internet and that Datalink’s ability to sell its counterfeit product is, in large part, contingent on customers being able to locate its websites through the use of Google’s search engine. Only by preventing potential customers from accessing the Datalink websites, could Equustek be protected. Otherwise, Datalink would be able to continue selling its product online and the damages Equustek would suffer would not be recoverable at the end of the lawsuit.

Internet sont gratuits, mais Google gagne de l’argent en vendant de l’espace publicitaire sur les pages Web qui affichent les résultats de recherche. Les utilisateurs d’Internet ayant une adresse de protocole Internet canadien sont dirigés vers « google.ca » lorsqu’ils effectuent une recherche en ligne. Cependant, ceux-ci peuvent également avoir accès à différents sites Web de Google destinés à d’autres pays en utilisant le localisateur uniforme de ressources ou URL spécifique de ces sites. Cela signifie qu’une personne à Vancouver, par exemple, peut avoir accès au moteur de recherche de Google comme si elle était dans un autre pays simplement en tapant l’URL de Google de ce pays. Les clients canadiens potentiels pourraient donc trouver les sites Web de Datalink même s’ils étaient bloqués sur google.ca. Comme la majeure partie des ventes du GW1000 de Datalink étaient faites à des acheteurs à l’extérieur du Canada, le délistage effectué par Google n’a pas eu l’effet protecteur nécessaire.

[17] Equustek a donc demandé une injonction interlocutoire visant à interdire à Google d’afficher toute partie des sites Web de Datalink dans ses résultats de recherche partout dans le monde. La juge Fenlon a accordé l’ordonnance (374 D.L.R. (4th) 537 (C.S. C.-B.)). Le dispositif se lit ainsi :

[TRADUCTION] Dans les 14 jours suivant la date de la présente ordonnance, Google Inc. cessera le listage et le référencement des sites Web [de Datalink], y compris l’ensemble des sous-pages et des sous-répertoires des sites Web énumérés, dans les résultats de ses moteurs de recherche sur Internet, et ce, *jusqu’à l’issue du procès relativement à la présente action ou jusqu’à nouvelle ordonnance de la cour.* [Italiques ajoutés.]

[18] La juge Fenlon a souligné que Google contrôle entre 70 et 75 p. 100 des recherches mondiales dans Internet, et que la capacité de Datalink de vendre son produit contrefait dépend, en grande partie, du fait que les clients sont capables de trouver ses sites Web grâce au moteur de recherche de Google. Ce n’est qu’en empêchant les clients potentiels d’avoir accès aux sites Web de Datalink qu’Equustek pourrait être protégée. Autrement, Datalink pourrait continuer de vendre son produit en ligne et Equustek ne pourrait pas être indemnisée pour le préjudice subi à la fin de la poursuite.

[19] Fenlon J. concluded that this irreparable harm was being facilitated through Google's search engine; that Equustek had no alternative but to require Google to de-index the websites; that Google would not be inconvenienced; and that, for the order to be effective, the Datalink websites had to be prevented from being displayed on all of Google's search results, not just google.ca. As she said:

On the record before me it appears that to be effective, even within Canada, Google must block search results on all of its websites. Furthermore, [Datalink's] sales originate primarily in other countries, so the Court's process cannot be protected unless the injunction ensures that searchers from any jurisdiction do not find [Datalink's] websites.<sup>1</sup>

[20] The Court of Appeal of British Columbia dismissed Google's appeal (386 D.L.R. (4th) 224). Groberman J.A. accepted Fenlon J.'s conclusion that she had *in personam* jurisdiction over Google and could therefore make an order with extraterritorial effect. He also agreed that courts of inherent jurisdiction could grant equitable relief against non-parties. Since ordering an interlocutory injunction against Google was the only practical way to prevent Datalink from flouting the court's several orders, and since there were no identifiable countervailing comity or freedom of expression concerns that would prevent such an order from being granted, he upheld the interlocutory injunction.

[21] For the following reasons, I agree with Fenlon J. and Groberman J.A. that the test for granting an interlocutory injunction against Google has been met in this case.

#### Analysis

[22] The decision to grant an interlocutory injunction is a discretionary one and entitled to a high

<sup>1</sup> Paragraph 148.

[19] La juge Fenlon a conclu que ce préjudice irréparable était facilité par le moteur de recherche de Google, qu'Equustek n'avait d'autre choix que d'exiger que Google déliste les sites Web de Datalink, que Google ne subirait pas d'inconvénient et que, pour que l'ordonnance soit efficace, il fallait empêcher que les sites de Datalink soient affichés dans tous les résultats de recherche de Google, et non seulement dans ceux de google.ca. Comme elle l'affirme :

[TRADUCTION] D'après le dossier dont je suis saisie, j'estime que, pour être efficace, même à l'intérieur du Canada, Google doit bloquer les résultats de recherche sur tous ses sites Web. De plus, les ventes [de Datalink] ont lieu principalement dans d'autres pays, de sorte que le processus judiciaire ne peut être protégé que si l'injonction empêche les personnes qui effectuent des recherches à partir de quelques pays que ce soit de trouver les sites Web [de Datalink]<sup>1</sup>.

[20] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel interjeté par Google (386 D.L.R. (4th) 224). Le juge Groberman a souscrit à la conclusion de la juge Fenlon selon laquelle elle avait compétence personnelle à l'égard de Google et qu'elle pouvait donc rendre une ordonnance ayant des effets extraterritoriaux. Il a également reconnu que les tribunaux investis d'une compétence inhérente pouvaient accorder une réparation en equity contre des tiers. Puisqu'une injonction interlocutoire contre Google était la seule façon possible d'empêcher Datalink de faire fi des diverses ordonnances judiciaires, et, puisqu'aucune considération identifiable — en matière de courtoisie ou de liberté d'expression — susceptible de faire contrepoids n'empêchait l'octroi d'une telle ordonnance, il a confirmé l'injonction interlocutoire.

[21] Pour les motifs suivants, je suis d'accord avec la juge Fenlon et le juge Groberman pour dire qu'on a satisfait au critère applicable à l'octroi d'une injonction interlocutoire contre Google en l'espèce.

#### Analyse

[22] La décision d'accorder une injonction interlocutoire est une décision discrétionnaire qui

<sup>1</sup> Paragraphe 148.

degree of deference (*Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at pp. 155-56). In this case, I see no reason to interfere.

[23] Injunctions are equitable remedies. “The powers of courts with equitable jurisdiction to grant injunctions are, subject to any relevant statutory restrictions, unlimited” (Ian Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9th ed. 2014), at p. 333). Robert Sharpe notes that “[t]he injunction is a flexible and drastic remedy. Injunctions are not restricted to any area of substantive law and are readily enforceable through the court’s contempt power” (*Injunctions and Specific Performance* (loose-leaf ed.), at para. 2.10).

[24] An interlocutory injunction is normally enforceable until trial or some other determination of the action. Interlocutory injunctions seek to ensure that the subject matter of the litigation will be “preserved” so that effective relief will be available when the case is ultimately heard on the merits (Jeffrey Berryman, *The Law of Equitable Remedies* (2nd ed. 2013), at pp. 24-25). Their character as “interlocutory” is not dependent on their duration pending trial.

[25] *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, sets out a three-part test for determining whether a court should exercise its discretion to grant an interlocutory injunction: is there a serious issue to be tried; would the person applying for the injunction suffer irreparable harm if the injunction were not granted; and is the balance of convenience in favour of granting the interlocutory injunction or denying it. The fundamental question is whether the granting of an injunction is just and equitable in all of the circumstances of the case. This will necessarily be context-specific.

[26] Google does not dispute that there is a serious claim. Nor does it dispute that Equustek is suffering irreparable harm as a result of Datalink’s ongoing

commande un degré élevé de déférence (*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 155-156). En l’espèce, je ne vois aucune raison de modifier cette décision.

[23] Les injonctions sont des réparations en equity. [TRADUCTION] « Les pouvoirs des tribunaux ayant compétence en equity pour accorder des injonctions sont, sous réserve de toute restriction législative pertinente, illimités » (Ian Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9<sup>e</sup> éd. 2014), p. 333). Robert Sharpe souligne que [TRADUCTION] « [l]’injonction est une réparation souple et draconienne. Les injonctions ne s’appliquent pas uniquement à un domaine de droit substantiel et elles peuvent être facilement exécutées au moyen du pouvoir judiciaire en matière d’outrage » (*Injunctions and Specific Performance* (éd. à feuilles mobiles), par. 2.10).

[24] Une injonction interlocutoire est normalement exécutoire jusqu’au procès ou jusqu’à tout autre règlement de l’action. De telles injonctions visent à « préserver » l’objet du litige, de sorte qu’une réparation efficace sera possible lorsque l’affaire sera finalement jugée au fond (Jeffrey Berryman, *The Law of Equitable Remedies* (2<sup>e</sup> éd. 2013), p. 24-25). Leur caractère « interlocutoire » ne dépend pas de leur durée dans l’attente du procès.

[25] L’arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, établit le critère à trois volets suivant pour déterminer si un tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’octroyer une injonction interlocutoire : existe-t-il une question sérieuse à juger, la personne sollicitant l’injonction subirait-elle un préjudice irréparable si cette mesure n’était pas accordée et la prépondérance des inconvénients favorise-t-elle l’octroi ou le refus de l’injonction interlocutoire? Il s’agit essentiellement de savoir si l’octroi d’une injonction est juste et équitable eu égard à l’ensemble des circonstances de l’affaire. La réponse à cette question dépendra nécessairement du contexte.

[26] Google ne conteste pas le fait qu’il existe une demande sérieuse. L’entreprise ne conteste pas non plus qu’Equustek subit un préjudice irréparable

sale of the GW1000 through the Internet. And it acknowledges, as Fenlon J. found, that it inadvertently facilitates the harm through its search engine which leads purchasers directly to the Datalink websites.

[27] Google argues, however, that the injunction issued against it is not necessary to prevent that irreparable harm, and that it is not effective in so doing. Moreover, it argues that as a non-party, it should be immune from the injunction. As for the balance of convenience, it challenges the propriety and necessity of the extraterritorial reach of such an order, and raises freedom of expression concerns that it says should have tipped the balance against granting the order. These arguments go both to whether the Supreme Court of British Columbia had jurisdiction to grant the injunction and whether, if it did, it was just and equitable to do so in this case.

[28] Google's first argument is, in essence, that non-parties cannot be the subject of an interlocutory injunction. With respect, this is contrary to the jurisprudence. Not only can injunctive relief be ordered against someone who is not a party to the underlying lawsuit, the contours of the test are not changed. As this Court said in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1996] 2 S.C.R. 1048, injunctions may be issued "in all cases in which it appears to the court to be just or convenient that the order should be made . . . on terms and conditions the court thinks just" (para. 15, citing s. 36 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224). *MacMillan Bloedel* involved a logging company seeking to restrain protesters from blocking roads. The company obtained an interlocutory injunction prohibiting not only specifically named individuals, but also "John Doe, Jane Doe and Persons Unknown" and "all persons having notice of th[e] Order" from engaging in conduct which interfered with its operations at specific locations (para. 5). In upholding the injunction, McLachlin J. noted that

du fait que Datalink continue de vendre le GW1000 sur Internet. Elle reconnaît aussi, comme l'a conclu la juge Fenlon, qu'elle facilite par inadvertance le préjudice au moyen de son moteur de recherche, lequel dirige les acheteurs directement aux sites Web de Datalink.

[27] Google soutient, toutefois, que l'injonction décernée contre elle n'est pas nécessaire pour empêcher ce préjudice irréparable et qu'elle ne constitue pas un moyen efficace d'y parvenir. De plus, elle fait valoir qu'en tant que tiers, elle devrait échapper à l'injonction. En ce qui a trait à la prépondérance des inconvénients, elle conteste l'opportunité et la nécessité de la portée extraterritoriale d'une telle ordonnance, et soulève des questions relatives à la liberté d'expression qui, selon elle, auraient dû faire pencher la balance contre l'octroi de l'ordonnance. Ces arguments se rapportent à la question de savoir si la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait compétence pour accorder l'injonction et, dans l'affirmative, s'il était juste et équitable qu'elle le fasse en l'espèce.

[28] Essentiellement, le premier argument de Google veut que les tiers ne puissent faire l'objet d'une injonction interlocutoire. Soit dit en tout respect, cette affirmation est contraire à la jurisprudence. Non seulement une injonction peut être décernée contre un tiers par rapport à l'action sous-jacente, mais les contours du critère applicable demeurent les mêmes. Comme la Cour l'a affirmé dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1996] 2 R.C.S. 1048, en citant l'art. 36 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, les tribunaux peuvent accorder des injonctions [TRADUCTION] « dans tous les cas où il [leur] paraît juste ou opportun de le faire, [ . . . ] selon les modalités qu'[ils] juge[nt] équitables » (par. 15). Cet arrêt mettait en cause une entreprise d'exploitation forestière qui cherchait à empêcher des manifestants de barrer des chemins. L'entreprise a obtenu une injonction interlocutoire interdisant non seulement à des personnes nommément désignées, mais aussi à [TRADUCTION] « John Doe, Jane Doe et autres personnes inconnues » et à « toutes les personnes ayant connaissance de [l']ordonnance » de faire tout acte nuisant à ses activités dans les lieux spécifiés (par. 5). Confirmant l'injonction, la juge McLachlin a fait observer ce qui suit :

[i]t may be confidently asserted . . . *that both English and Canadian authorities support the view that non-parties are bound by injunctions*: if non-parties violate injunctions, they are subject to conviction and punishment for contempt of court. The courts have jurisdiction to grant interim injunctions which all people, on pain of contempt, must obey. [Emphasis added; para. 31.]

See also Berryman, at pp. 57-60; Sharpe, at paras. 6.260 to 6.265.

[29] In other words, where a non-party violates a court order, there is a principled basis for treating the non-party as if it had been bound by the order. The non-party's obligation arises "not because [it] is bound by the injunction by being a party to the cause, but because [it] is conducting [itself] so as to obstruct the course of justice" (*MacMillan Bloedel*, at para. 27, quoting *Seaward v. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.), at p. 555).

[30] The pragmatism and necessity of such an approach was concisely explained by Fenlon J. in the case before us when she offered the following example:

. . . a non-party corporation that warehouses and ships goods for a defendant manufacturing company might be ordered on an interim injunction to freeze the defendants' goods and refrain from shipping them. That injunction could affect orders received from customers around the world. Could it sensibly be argued that the Court could not grant the injunction because it would have effects worldwide? The impact of an injunction on strangers to the suit or the order itself is a valid consideration in deciding whether to exercise the Court's jurisdiction to grant an injunction. It does not, however, affect the Court's authority to make such an order.<sup>2</sup>

[31] *Norwich* orders are analogous and can also be used to compel non-parties to disclose information or documents in their possession required by a claimant (*Norwich Pharmacal Co. v. Customs and*

<sup>2</sup> Paragraph 147.

Il est [. . .] possible d'affirmer avec confiance *que la jurisprudence tant anglaise que canadienne appuie le point de vue que les injonctions sont opposables aux tiers* : si des tiers violent une injonction, ils s'exposent à une condamnation et à une peine pour outrage au tribunal. Les tribunaux ont compétence pour accorder des injonctions provisoires que tous, sous peine de condamnation pour outrage, doivent respecter. [Italiques ajoutés; par. 31.]

Voir également Berryman, p. 57-60; Sharpe, par. 6.260 à 6.265.

[29] En d'autres mots, lorsqu'un tiers contrevient à une ordonnance judiciaire, il existe un fondement rationnel au fait de traiter celui-ci comme s'il était lié par l'ordonnance. Une obligation incombe au tiers, [TRADUCTION] « non pas parce que l'injonction lui est opposable en tant que partie à l'action, mais parce que son acte est une entrave à la justice » (*MacMillan Bloedel*, par. 27, citant *Seaward c. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.), p. 555).

[30] La juge Fenlon a, en l'espèce, expliqué de manière concise le pragmatisme et la nécessité d'une telle approche en donnant l'exemple suivant :

[TRADUCTION] . . . une entreprise tiers qui entepose et expédie des biens pour une entreprise de fabrication défenderesse pourrait se voir imposer une injonction provisoire visant à geler les biens de la défenderesse et à lui interdire de les expédier. Une telle injonction pourrait avoir une incidence sur les commandes passées par des clients partout dans le monde. Peut-on raisonnablement soutenir que la cour ne peut pas accorder l'injonction parce que celle-ci aurait des effets partout dans le monde? L'effet d'une injonction sur des tiers par rapport à la poursuite ou à l'ordonnance elle-même est une considération dont la cour peut valablement tenir compte lorsqu'elle décide si elle exerce sa compétence pour accorder une injonction. Elle n'a pas toutefois aucune incidence sur le pouvoir de la cour de rendre une telle ordonnance<sup>2</sup>.

[31] Les ordonnances de type *Norwich* sont semblables et peuvent également être utilisées pour obliger des tiers à communiquer des renseignements ou des documents qu'ils ont en leur possession et

<sup>2</sup> Paragraphe 147.



*Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133 (H.L.), at p. 175). *Norwich* orders have increasingly been used in the online context by plaintiffs who allege that they are being anonymously defamed or defrauded and seek orders against Internet service providers to disclose the identity of the perpetrator (*York University v. Bell Canada Enterprises* (2009), 311 D.L.R. (4th) 755 (Ont. S.C.J.)). *Norwich* disclosure may be ordered against non-parties who are not themselves guilty of wrongdoing, but who are so involved in the wrongful acts of others that they facilitate the harm. In *Norwich*, this was characterized as a duty to assist the person wronged (p. 175; *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2017] 1 All E.R. 700 (C.A.), at para. 53). *Norwich* supplies a principled rationale for granting injunctions against non-parties who facilitate wrongdoing (see *Cartier*, at paras. 51-55; and *Warner-Lambert Co. v. Actavis Group PTC EHF*, 144 B.M.L.R. 194 (Ch.)).

[32] This approach was applied in *Cartier*, where the Court of Appeal of England and Wales held that injunctive relief could be awarded against five non-party Internet service providers who had not engaged in, and were not accused of any wrongful act. The Internet service providers were ordered to block the ability of their customers to access certain websites in order to avoid facilitating infringements of the plaintiff's trademarks. (See also Jaani Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries* (2016), at pp. 412 and 498-99.)

[33] The same logic underlies *Mareva* injunctions, which can also be issued against non-parties. *Mareva* injunctions are used to freeze assets in order to prevent their dissipation pending the conclusion of a trial or action (*Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509 (C.A.); *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2). A *Mareva* injunction that requires a defendant not to dissipate his or her assets sometimes requires the assistance of a non-party, which in turn can result in an injunction against the non-party if it is just and equitable to do so (Stephen Pitel and Andrew Valentine, "The Evolution of the

qu'un demandeur exige (*Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133 (H.L.), p. 175). Ces ordonnances sont de plus en plus utilisées dans le contexte numérique par des demandeurs qui prétendent être victimes de diffamation ou de fraude anonyme et qui cherchent à obtenir des ordonnances contre des fournisseurs de services Internet afin d'obliger ceux-ci à divulguer l'identité de l'auteur de l'infraction (*York University c. Bell Canada Enterprises* (2009), 311 D.L.R. (4th) 755 (C.S.J. Ont.)). Une divulgation de type *Norwich* peut être ordonnée contre des tiers qui n'ont eux-mêmes commis aucun acte répréhensible, mais qui sont mêlés aux actes fautifs d'autres personnes à un point tel qu'ils facilitent le préjudice. Ce principe a été décrit dans *Norwich* comme une obligation d'aider la personne lésée (p. 175; *Cartier International AG c. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2017] 1 All E.R. 700 (C.A.), par. 53). *Norwich* fournit une justification rationnelle au fait d'accorder des injonctions à l'égard de tiers qui facilitent l'acte répréhensible (voir *Cartier*, par. 51-55; et *Warner-Lambert Co. c. Actavis Group PTC EHF*, 144 B.M.L.R. 194 (Ch.)).

[32] Cette approche a été appliquée dans *Cartier*, où la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a conclu qu'une injonction pouvait être décernée contre cinq tiers fournisseurs de services Internet qui n'avaient pris part à aucun acte fautif et qui n'étaient pas accusés de tels actes. Ceux-ci se sont vu ordonner de bloquer l'accès de leurs clients à certains sites Web pour éviter de faciliter la contrefaçon des marques de commerce du groupe demandeur. (Voir également Jaani Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries* (2016), p. 412 et 498-499.)

[33] La même logique sous-tend les injonctions *Mareva*, lesquelles peuvent également être décernées contre des tiers. Ces injonctions sont utilisées pour geler l'actif afin d'empêcher sa dilapidation avant la conclusion du procès ou de l'action (*Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509 (C.A.); *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2). Une injonction *Mareva* qui exige que le défendeur ne dilapide pas son actif exige parfois le concours d'un tiers, ce qui peut ensuite donner lieu à une injonction contre le tiers si cela est juste et équitable (Stephen Pitel et Andrew Valentine, « The Evolution

Extra-territorial *Mareva* Injunction in Canada: Three Issues” (2006), 2 *J. Priv. Int’l L.* 339, at p. 370; Vaughan Black and Edward Babin, “*Mareva* Injunctions in Canada: Territorial Aspects” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 430, at pp. 452-53; Berryman, at pp. 128-31). Banks and other financial institutions have, as a result, been bound by *Mareva* injunctions even when they are not a party to an underlying action.

[34] To preserve Equustek’s rights pending the outcome of the litigation, Tindale J.’s order of December 13, 2012 required Datalink to cease carrying on business through the Internet. Google had requested and participated in Equustek’s obtaining this order, and offered to comply with it voluntarily. It is common ground that Datalink was unable to carry on business in a commercially viable way unless its websites were in Google’s search results. In the absence of de-indexing these websites, as Fenlon J. specifically found, Google was facilitating Datalink’s breach of Tindale J.’s order by enabling it to continue carrying on business through the Internet. By the time Fenlon J. granted the injunction against Google, Google was aware that in not de-indexing Datalink’s websites, it was facilitating Datalink’s ongoing breach of Tindale J.’s order, the purpose of which was to prevent irreparable harm to Equustek.

[35] Much like a *Norwich* order or a *Mareva* injunction against a non-party, the interlocutory injunction in this case flows from the necessity of Google’s assistance in order to prevent the facilitation of Datalink’s ability to defy court orders and do irreparable harm to Equustek. Without the injunctive relief, it was clear that Google would continue to facilitate that ongoing harm.

[36] Google’s next argument is the impropriety of issuing an interlocutory injunction with extraterritorial effect. But this too contradicts the existing jurisprudence.

of the Extra-territorial *Mareva* Injunction in Canada : Three Issues » (2006), 2 *J. Priv. Int’l L.* 339, p. 370; Vaughan Black et Edward Babin, « *Mareva* Injunctions in Canada : Territorial Aspects » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 430, p. 452-453; Berryman, p. 128-131). Des injonctions *Mareva* ont donc été déclarées opposables à des banques et à d’autres institutions financières même lorsque celles-ci n’étaient pas parties à l’action sous-jacente.

[34] Pour préserver les droits d’Equustek jusqu’à l’issue du litige, le juge Tindale a, dans une ordonnance rendue le 13 décembre 2012, exigé que Datalink cesse d’exercer des activités sur Internet. Google avait demandé à Equustek de solliciter cette ordonnance, a participé à l’obtention de celle-ci et a offert de s’y conformer volontairement. Nul ne conteste que Datalink ne pouvait exercer des activités d’une façon viable sur le plan commercial que si ses sites Web figuraient dans les résultats de recherche de Google. Comme l’a expressément conclu la juge Fenlon, en ne délistant pas ces sites, Google facilitait la violation par Datalink de l’ordonnance du juge Tindale, car elle lui permettait de continuer à exercer ses activités sur Internet. Au moment où elle s’est vu imposer une injonction par la juge Fenlon, Google savait qu’en ne délistant pas les sites Web de Datalink, elle facilitait la violation continue par Datalink de l’ordonnance du juge Tindale, ordonnance dont l’objet était d’empêcher qu’Equustek subisse un préjudice irréparable.

[35] Tout comme une ordonnance *Norwich* ou une injonction *Mareva* prononcée contre un tiers, l’injonction interlocutoire en l’espèce découle du fait que le concours de Google est nécessaire pour ne pas faciliter la violation d’ordonnances judiciaires par Datalink et causer un préjudice irréparable à Equustek. Sans cette injonction, il était clair que Google continuerait de faciliter ce préjudice continu.

[36] L’argument suivant de Google veut que l’octroi d’une injonction interlocutoire ayant des effets extraterritoriaux est inapproprié. Cependant, cette affirmation contredit également la jurisprudence actuelle.

[37] The British Columbia courts in these proceedings concluded that because Google carried on business in the province through its advertising and search operations, this was sufficient to establish the existence of *in personam* and territorial jurisdiction. Google does not challenge those findings. It challenges instead the global reach of the resulting order. Google suggests that if any injunction is to be granted, it should be limited to Canada (or google.ca) alone.

[38] When a court has *in personam* jurisdiction, and where it is necessary to ensure the injunction's effectiveness, it can grant an injunction enjoining that person's conduct anywhere in the world. (See *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. v. Transat Tours Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 867, at para. 6; Berryman, at p. 20; Pitel and Valentine, at p. 389; Sharpe, at para. 1.1190; Spry, at p. 37.) *Mareva* injunctions have been granted with worldwide effect when it was found to be necessary to ensure their effectiveness. (See *Mooney v. Orr* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 318 (S.C.); Berryman, at pp. 20 and 136; *Babanaft International Co. S.A. v. Bassatne*, [1990] 1 Ch. 13 (C.A.); *Republic of Haiti v. Duvalier*, [1990] 1 Q.B. 202 (C.A.); *Derby & Co. v. Weldon*, [1990] 1 Ch. 48 (C.A.); and *Derby & Co. v. Weldon (Nos. 3 and 4)*, [1990] 1 Ch. 65 (C.A.); Sharpe, at paras. 1.1190 to 1.1220.)

[39] Groberman J.A. pointed to the international support for this approach:

I note that the courts of many other jurisdictions have found it necessary, in the context of orders against Internet abuses, to pronounce orders that have international effects. Several such cases are cited in the arguments of [International Federation of Film Producers Associations and International Federation of the Phonographic Industry], including *APC v. Auchan Telecom*, 11/60013, Judgment (28 November 2013) (Tribunal de Grande Instance de Paris); *McKeogh v. Doe* (Irish High Court, case no. 20121254P); *Mosley v. Google*, 11/07970, Judgment (6 November 2013) (Tribunal de Grande Instance de Paris); *Max Mosley v. Google* (see "Case Law, Hamburg District Court: *Max Mosley v. Google Inc.* online: Inform's Blog <https://inform.wordpress.com/2014/02/05/>

[37] Les tribunaux de la Colombie-Britannique dans la présente affaire ont conclu que, comme Google exploitait une entreprise dans la province au moyen d'activités de publicité et de recherche, cela était suffisant pour établir l'existence d'une compétence personnelle et territoriale. Google ne conteste pas ces conclusions; elle conteste plutôt la portée mondiale de l'ordonnance en résultant. Google suggère que, si une injonction est accordée, elle devrait se limiter au Canada (ou à google.ca) seulement.

[38] Lorsqu'un tribunal a une compétence personnelle et qu'il est nécessaire d'assurer l'efficacité de l'injonction, il peut accorder une injonction dictant la conduite de la personne visée n'importe où dans le monde. (Voir *Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 867, par. 6; Berryman, p. 20; Pitel et Valentine, p. 389; Sharpe, par. 1.1190; Spry, p. 37.) Des injonctions *Mareva* ayant des effets à l'échelle mondiale ont été octroyées lorsque cela a été jugé nécessaire pour assurer leur efficacité. (Voir *Mooney c. Orr* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 318 (C.S.); Berryman, p. 20 et 136; *Babanaft International Co. S.A. c. Bassatne*, [1990] 1 Ch. 13 (C.A.); *Republic of Haiti c. Duvalier*, [1990] 1 Q.B. 202 (C.A.); *Derby & Co. c. Weldon*, [1990] 1 Ch. 48 (C.A.); *Derby & Co. c. Weldon (Nos. 3 and 4)*, [1990] 1 Ch. 65 (C.A.); Sharpe, par. 1.1190 à 1.1220.)

[39] Le juge Groberman a souligné l'appui que reçoit cette approche à l'échelle internationale :

[TRADUCTION] Je constate que les tribunaux de bien d'autres pays ont jugé nécessaire, dans le contexte d'ordonnances contre des abus commis sur Internet, de prononcer des ordonnances ayant des effets à l'échelle internationale. Plusieurs affaires de ce type sont citées dans les arguments de la [Fédération internationale des associations de producteurs de films et de la Fédération internationale de l'industrie phonographique], y compris *APC c. Auchan Telecom*, 11/60013, jugement (28 novembre 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); *McKeogh c. Doe* (Irish High Court, affaire n° 20121254P); *Mosley c. Google*, 11/07970, jugement (6 novembre 2013) (Tribunal de grande instance de Paris); *Max Mosley c. Google* (voir « Case Law, Hamburg District Court: *Max Mosley*

case-law-hamburg-district-court-max-mosley-v-google-inc-google-go-down-again-this-time-in-hamburg-dominic-crossley/) and *ECJ Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, C-131/12 [2014], CURIA.<sup>3</sup>

[40] Fenlon J. explained why Equustek's request that the order have worldwide effect was necessary as follows:

The majority of GW1000 sales occur outside Canada. Thus, quite apart from the practical problem of endless website iterations, the option Google proposes is not equivalent to the order now sought which would compel Google to remove the [Datalink] websites from all search results generated by any of Google's websites worldwide. I therefore conclude that [Equustek does] not have an out-of-court remedy available to [it].<sup>4</sup>

... to be effective, even within Canada, Google must block search results on all of its websites.<sup>5</sup>

As a result, to ensure that Google did not facilitate Datalink's breach of court orders whose purposes were to prevent irreparable harm to Equustek, she concluded that the injunction had to have worldwide effect.

[41] I agree. The problem in this case is occurring online and globally. The Internet has no borders — its natural habitat is global. The only way to ensure that the interlocutory injunction attained its objective was to have it apply where Google operates — globally. As Fenlon J. found, the majority of Datalink's sales take place outside Canada. If the injunction were restricted to Canada alone or to google.ca, as Google suggests it should have been, the remedy would be deprived of its intended ability to prevent

<sup>3</sup> Paragraph 95.

<sup>4</sup> Paragraph 76.

<sup>5</sup> Paragraph 148.

*c. Google Inc.* en ligne : Inform's Blog <https://inform.wordpress.com/2014/02/05/case-law-hamburg-district-court-max-mosley-v-google-inc-google-go-down-again-this-time-in-hamburg-dominic-crossley/>) et *ECJ Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, C-131/12 [2014], CURIA<sup>3</sup>.

[40] La juge Fenlon a expliqué comme suit pourquoi il était nécessaire qu'Equustek demande que l'ordonnance ait des effets à l'échelle mondiale :

[TRADUCTION] La majeure partie des ventes du GW1000 sont faites à l'extérieur du Canada. En conséquence, indépendamment du problème pratique que représentent les innombrables nouvelles versions des sites Web, la solution que propose Google n'équivaut pas à l'ordonnance que l'on sollicite maintenant et qui obligerait Google à retirer les sites Web de [Datalink] de tous les résultats de recherche générés par l'un des sites Web de Google à travers le monde. Je conclus donc que [Equustek ne] dispose pas d'une réparation extrajudiciaire<sup>4</sup>.

... pour être efficace, même à l'intérieur du Canada, Google doit bloquer les résultats de recherche sur tous ses sites Web<sup>5</sup>.

En conséquence, pour faire en sorte que Google ne facilite pas la violation par Datalink d'ordonnances judiciaires dont l'objet était d'empêcher qu'Equustek subisse un préjudice irréparable, elle a conclu que l'injonction devait avoir des effets à l'échelle mondiale.

[41] Je suis d'accord. Le problème en l'espèce se pose en ligne et à l'échelle mondiale. L'Internet n'a pas de frontières — son habitat naturel est mondial. La seule façon de s'assurer que l'injonction interlocutoire atteint son objectif est de la faire appliquer là où Google exerce ses activités, c'est-à-dire mondialement. Comme l'a conclu la juge Fenlon, la majeure partie des ventes de Datalink a lieu à l'extérieur du Canada. Si l'injonction se limitait au Canada seulement ou à google.ca, ce qui aurait dû être

<sup>3</sup> Paragraphe 95.

<sup>4</sup> Paragraphe 76.

<sup>5</sup> Paragraphe 148.

irreparable harm. Purchasers outside Canada could easily continue purchasing from Datalink's websites, and Canadian purchasers could easily find Datalink's websites even if those websites were de-indexed on google.ca. Google would still be facilitating Datalink's breach of the court's order which had prohibited it from carrying on business on the Internet. There is no equity in ordering an interlocutory injunction which has no realistic prospect of preventing irreparable harm.

[42] The interlocutory injunction in this case is necessary to prevent the irreparable harm that flows from Datalink carrying on business on the Internet, a business which would be commercially impossible without Google's facilitation. The order targets Datalink's websites — the list of which has been updated as Datalink has sought to thwart the injunction — and prevents them from being displayed where they do the most harm: on Google's global search results.

[43] Nor does the injunction's worldwide effect tip the balance of convenience in Google's favour. The order does not require that Google take any steps around the world, it requires it to take steps only where its search engine is controlled. This is something Google has acknowledged it can do — and does — with relative ease. There is therefore no harm to Google which can be placed on its "inconvenience" scale arising from the global reach of the order.

[44] Google's argument that a global injunction violates international comity because it is possible that the order could not have been obtained in a foreign jurisdiction, or that to comply with it would result in Google violating the laws of that jurisdiction is, with respect, theoretical. As Fenlon J. noted, "Google acknowledges that most countries will

le cas selon Google, la réparation ne pourrait pas empêcher comme il se doit le préjudice irréparable. Les acheteurs à l'extérieur du Canada pourraient facilement continuer à acheter des produits sur les sites Web de Datalink et les acheteurs canadiens pourraient facilement trouver les sites Web de Datalink même si ceux-ci ont été délistés de google.ca. Google faciliterait toujours la violation par Datalink de l'ordonnance judiciaire lui interdisant d'exercer des activités sur Internet. Une injonction interlocutoire n'offrant aucune possibilité réaliste d'empêcher le préjudice irréparable ne constitue pas une réparation en equity.

[42] L'injonction interlocutoire en l'espèce est nécessaire pour empêcher le préjudice irréparable qui découle du fait que Datalink exploite une entreprise sur Internet, ce qui lui serait impossible de faire sur le plan commercial sans l'aide de Google. L'ordonnance vise les sites Web de Datalink — dont la liste a été mise à jour lorsque Datalink a voulu contrecarrer l'injonction — et interdit que ceux-ci soient affichés là où ils sont le plus dommageables, c'est-à-dire dans les résultats de recherche de Google à travers le monde.

[43] Les effets de l'injonction à l'échelle mondiale ne font pas non plus en sorte que la prépondérance des inconvénients favorise Google. L'ordonnance n'exige pas que Google prenne des mesures partout dans le monde; elle oblige l'entreprise à en prendre uniquement à l'endroit où son moteur de recherche est contrôlé. Google a reconnu que c'est quelque chose qu'elle peut faire — et qu'elle fait — assez facilement. La portée mondiale de l'ordonnance ne cause donc pas à Google un préjudice susceptible de faire partie des « inconvénients ».

[44] L'argument de Google selon lequel une injonction mondiale contrevient au principe de la courtoisie internationale parce qu'il est possible que l'ordonnance ne puisse pas être accordée dans un autre pays ou que Google viole les lois de ce pays en se conformant à celle-ci est, en toute déférence, théorique. Comme l'a souligné la juge Fenlon,

likely recognize intellectual property rights and view the selling of pirated products as a legal wrong”.<sup>6</sup>

[45] And while it is always important to pay respectful attention to freedom of expression concerns, particularly when dealing with the core values of another country, I do not see freedom of expression issues being engaged in any way that tips the balance of convenience towards Google in this case. As Groberman J.A. concluded:

In the case before us, there is no realistic assertion that the judge’s order will offend the sensibilities of any other nation. It has not been suggested that the order prohibiting the defendants from advertising wares that violate the intellectual property rights of the plaintiffs offends the core values of any nation. The order made against Google is a very limited ancillary order designed to ensure that the plaintiffs’ core rights are respected.

... the order in this case is an interlocutory one, and one that can be varied by the court. In the unlikely event that any jurisdiction finds the order offensive to its core values, an application could be made to the court to modify the order so as to avoid the problem.<sup>7</sup>

[46] If Google has evidence that complying with such an injunction would require it to violate the laws of another jurisdiction, including interfering with freedom of expression, it is always free to apply to the British Columbia courts to vary the interlocutory order accordingly. To date, Google has made no such application.

[47] In the absence of an evidentiary foundation, and given Google’s right to seek a rectifying order, it hardly seems equitable to deny Equustek the extraterritorial scope it needs to make the remedy effective, or even to put the onus on it to demonstrate, country by country, where such an order is legally

[TRADUCTION] « Google convient que la plupart des pays reconnaîtront probablement les droits de propriété intellectuelle et considéreront la vente de produits piratés comme une transgression du droit positif »<sup>6</sup>.

[45] Et, bien qu’il soit toujours important d’accorder une attention respectueuse aux questions liées à la liberté d’expression, en particulier lorsque des valeurs fondamentales d’un autre pays sont en cause, je ne crois que de telles questions font pencher la balance en faveur de Google en l’espèce. Comme l’a conclu le juge Groberman :

[TRADUCTION] Dans le cas qui nous occupe, il n’est pas réaliste d’affirmer que l’ordonnance rendue par la juge heurtera les sensibilités d’une autre nation. Personne n’a prétendu que l’ordonnance interdisant aux défendeurs d’annoncer des marchandises qui contreviennent aux droits de propriété intellectuelle des demandeurs porte atteinte aux valeurs fondamentales d’une nation. L’ordonnance prononcée contre Google est une ordonnance accessoire très limitée visant à assurer le respect des droits fondamentaux des demandeurs.

... l’ordonnance en l’espèce est une ordonnance interlocutoire pouvant être modifiée par un tribunal. Dans le cas improbable où un pays jugerait que l’ordonnance porte atteinte à ses valeurs fondamentales, une demande de modification de l’ordonnance pourrait être présentée au tribunal afin d’éviter le problème<sup>7</sup>.

[46] Si Google dispose d’éléments de preuve démontrant que, pour se conformer à une telle injonction, elle doit contrevénir aux lois d’un autre pays, et notamment porter atteinte à la liberté d’expression, elle peut toujours demander aux tribunaux de la Colombie-Britannique de modifier l’ordonnance interlocutoire en conséquence. Jusqu’à maintenant, Google n’a pas présenté une telle demande.

[47] En l’absence d’un fondement de preuve, et compte tenu du droit de Google de demander une ordonnance de rectification, il ne semble guère équitable de refuser d’accorder à Equustek la portée extraterritoriale dont elle a besoin pour rendre la réparation efficace, ou même de lui imposer le fardeau

<sup>6</sup> Paragraphe 144.

<sup>7</sup> Paragraphs 93-94.

<sup>6</sup> Paragraphe 144.

<sup>7</sup> Paragraphes 93-94.

permissible. We are dealing with the Internet after all, and the balance of convenience test has to take full account of its inevitable extraterritorial reach when injunctive relief is being sought against an entity like Google.

[48] This is not an order to remove speech that, on its face, engages freedom of expression values, it is an order to de-index websites that are in violation of several court orders. We have not, to date, accepted that freedom of expression requires the facilitation of the unlawful sale of goods.

[49] And I have trouble seeing how this interferes with what Google refers to as its content neutral character. The injunction does not require Google to monitor content on the Internet, nor is it a finding of any sort of liability against Google for facilitating access to the impugned websites. As for the balance of convenience, the only obligation the interlocutory injunction creates is for Google to de-index the Datalink websites. The order is, as Fenlon J. observed, “only a slight expansion on the removal of individual URLs, which Google agreed to do voluntarily”.<sup>8</sup> Even if it could be said that the injunction engages freedom of expression issues, this is far outweighed by the need to prevent the irreparable harm that would result from Google’s facilitating Datalink’s breach of court orders.

[50] Google did not suggest that it would be inconvenienced in any material way, or would incur any significant expense, in de-indexing the Datalink websites. It acknowledges, fairly, that it can, and often does, exactly what is being asked of it in this case, that is, alter search results. It does so to avoid generating links to child pornography and websites containing “hate speech”. It also complies with notices it receives under the US *Digital Millennium*

de démontrer où — pays par pays — une telle ordonnance est légalement autorisée. Après tout, la présente affaire porte sur l’Internet et le critère de la prépondérance des inconvénients doit tenir pleinement compte de son inévitable portée extraterritoriale lorsqu’une injonction est demandée contre une entité comme Google.

[48] L’ordonnance ne vise pas la suppression de propos qui, à première vue, font intervenir des valeurs liées à la liberté d’expression; elle vise plutôt le délistage de sites Web qui contreviennent à plusieurs ordonnances judiciaires. Jusqu’à maintenant, nous n’avons pas reconnu que la liberté d’expression exige qu’on facilite la vente illégale de biens.

[49] De plus, j’ai de la difficulté à voir comment cela compromet ce que Google appelle son caractère neutre sur le plan du contenu. L’injonction n’exige pas que Google surveille le contenu sur Internet et elle ne constitue pas non plus une conclusion selon laquelle Google est responsable de quelque façon que ce soit d’avoir facilité l’accès aux sites Web en cause. En ce qui a trait à la prépondérance des inconvénients, la seule obligation qu’impose à Google l’injonction interlocutoire est celle de délister les sites Web de Datalink. Comme l’a constaté la juge Fenlon, l’ordonnance ne prévoit [TRADUCTION] « qu’un peu plus que le retrait d’adresses URL données, ce que Google a accepté de faire volontairement »<sup>8</sup>. Même si on pouvait dire que l’injonction soulève des questions relatives à la liberté d’expression, celles-ci sont largement contrebalancées par la nécessité d’empêcher le préjudice irréparable qui découlerait du fait que Google facilite la violation par Datalink des ordonnances judiciaires.

[50] Google n’a pas soutenu qu’elle subirait des inconvénients appréciables ou qu’elle engagerait des dépenses importantes en délistant les sites Web de Datalink. Elle reconnaît, objectivement, qu’elle peut faire, et qu’elle fait souvent, exactement ce qui lui est demandé en l’espèce, c’est-à-dire modifier des résultats de recherche. Elle le fait pour éviter de générer des liens vers des sites de pornographie juvénile ou renfermant des « propos haineux ». Elle

<sup>8</sup> Paragraph 137.

<sup>8</sup> Paragraphe 137.

*Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2680 (1998), to de-index content from its search results that allegedly infringes copyright, and removes websites that are subject to court orders.

[51] As for the argument that this will turn into a permanent injunction, the length of an interlocutory injunction does not, by itself, convert its character from a temporary to a permanent one. As previously noted, the order requires that the injunction be in place “until the conclusion of the trial of this action or further order of this court”. There is no reason not to take this order at face value. Where an interlocutory injunction has been in place for an inordinate amount of time, it is always open to a party to apply to have it varied or vacated. Google has brought no such application.

[52] Datalink and its representatives have ignored all previous court orders made against them, have left British Columbia, and continue to operate their business from unknown locations outside Canada. Equustek has made efforts to locate Datalink with limited success. Datalink is only able to survive — at the expense of Equustek’s survival — on Google’s search engine which directs potential customers to its websites. In other words, Google is how Datalink has been able to continue harming Equustek in defiance of several court orders.

[53] This does not make Google liable for this harm. It does, however, make Google the determinative player in allowing the harm to occur. On balance, therefore, since the interlocutory injunction is the only effective way to mitigate the harm to Equustek pending the resolution of the underlying litigation, the only way, in fact, to preserve Equustek itself pending the resolution of the underlying litigation, and since any countervailing harm to Google is minimal to non-existent, the interlocutory injunction should be upheld.

se conforme aux avis qu’elle reçoit en application de la loi américaine intitulée *Digital Millennium Copyright Act*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2680 (1998) — avis sollicitant le délistage du contenu de ses résultats de recherche qui porterait atteinte à des droits d’auteur —, et elle retire les sites Web assujettis à des ordonnances judiciaires.

[51] En ce qui a trait à l’argument selon lequel l’injonction deviendra permanente, la durée d’une injonction interlocutoire n’a pas, en soi, pour effet de transformer une injonction provisoire en une injonction permanente. Comme il a déjà été mentionné, l’ordonnance exige que l’injonction soit en vigueur [TRADUCTION] « jusqu’à l’issue du procès relativement à la présente action ou jusqu’à nouvelle ordonnance de la cour ». Il n’y a aucune raison de mettre en doute cette ordonnance. Lorsqu’une injonction interlocutoire est en vigueur pendant une période excessivement longue, les parties peuvent toujours demander qu’elle soit modifiée ou annulée. Google n’a présenté aucune demande en ce sens.

[52] Datalink et ses représentants ont fait abstraction de toutes les ordonnances judiciaires antérieures prononcées contre eux, ont quitté la Colombie-Britannique et continuent d’exploiter leur entreprise à partir d’endroits inconnus à l’extérieur du Canada. Equustek a cherché à localiser Datalink, mais avec peu de succès. Datalink ne doit sa survie — au détriment de celle d’Equustek — qu’au moteur de recherche de Google, lequel dirige les clients potentiels vers ses sites Web. Autrement dit, c’est Google qui a permis à Datalink de continuer de causer un préjudice à Equustek au mépris de plusieurs ordonnances judiciaires.

[53] Google n’est pas pour autant responsable de ce préjudice. Toutefois, ces circonstances font en sorte que Google a joué un rôle déterminant en l’espèce en permettant au préjudice de se produire. Tout bien considéré, puisque l’injonction interlocutoire est la seule façon efficace de réduire le préjudice causé à Equustek jusqu’à ce que le litige sous-jacent soit réglé — la seule façon, en fait, de préserver Equustek elle-même jusqu’à ce que le litige sous-jacent soit réglé — et puisque le préjudice subi par Google en contrepois est minime, voire inexistant, l’injonction interlocutoire devrait donc être confirmée.



[54] I would dismiss the appeal with costs in this Court and in the Court of Appeal for British Columbia.

The following are the reasons delivered by

[55] CÔTÉ AND ROWE JJ. (dissenting) — Equustek Solutions Inc., Robert Angus and Clarma Enterprises Inc. (“Equustek”) seek a novel form of equitable relief — an effectively permanent injunction, against an innocent third party, that requires court supervision, has not been shown to be effective, and for which alternative remedies are available. Our response calls for judicial restraint. While the court had jurisdiction to issue the June 13, 2014 order against Google Inc. (“Google Order”) (2014 BCSC 1063, 374 D.L.R. (4th) 537, per Fenlon J.), in our view, it should have refrained from doing so. The authority to grant equitable remedies has always been constrained by doctrine and practice. In our view, the Google Order slipped too easily from these constraints.

[56] As we will explain, the Google Order is effectively final redress against a non-party that has neither acted unlawfully, nor aided and abetted illegal action. The test for interlocutory injunctions established in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, does not apply to an order that is effectively final, and the test for a permanent injunction has not been satisfied. The Google Order is mandatory and requires court supervision. It has not been shown to be effective, and there are alternative remedies available to Equustek.

### I. Judicial Restraint

[57] The power of a court to grant injunctive relief is derived from that of the Chancery courts of England (*Fourie v. Le Roux*, [2007] UKHL 1, [2007] 1 All E.R. 1087, at para. 30), and has been confirmed

[54] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique.

Version française des motifs rendus par

[55] LES JUGES CÔTÉ ET ROWE (dissidents) — Le groupe intimé, Equustek Solutions Inc., Robert Angus et Clarma Enterprises Inc. (« Equustek »), sollicite une nouvelle forme de réparation en equity — une injonction qui, dans les faits, est permanente, contre un tiers innocent, qui requiert la supervision du tribunal et dont l’efficacité n’a pas été démontrée, et ce, malgré l’existence d’autres recours. Notre réponse commande la retenue judiciaire. Même si le tribunal avait compétence pour prononcer l’ordonnance du 13 juin 2014 contre Google Inc. (« ordonnance visant Google ») (2014 BCSC 1063, 374 D.L.R. (4th) 537, la juge Fenlon), nous estimons qu’il aurait dû s’abstenir de le faire. Le pouvoir d’accorder une réparation en equity a toujours été limité par la doctrine et la pratique. À notre avis, l’ordonnance visant Google a évité trop facilement ces restrictions.

[56] Comme nous l’expliquerons, l’ordonnance visant Google constitue dans les faits une réparation finale contre un tiers qui n’a pas agi illégalement, ni aidé à la perpétration d’un acte illégal ni encouragé celle-ci. Le critère relatif aux injonctions interlocutoires établi dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, ne s’applique pas à une ordonnance qui est en fait finale, et il n’a pas été satisfait au critère applicable à l’octroi d’une injonction permanente. L’ordonnance visant Google est une ordonnance mandatoire nécessitant la supervision du tribunal. Il n’a pas été démontré qu’elle était efficace et d’autres recours s’offrent à Equustek.

### I. Retenue judiciaire

[57] Le pouvoir des tribunaux d’accorder une injonction est issu de celui des Cours de chancellerie d’Angleterre (*Fourie c. Le Roux*, [2007] UKHL 1, [2007] 1 All E.R. 1087, par. 30), et il a été confirmé

in British Columbia by the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 39(1):

**39** (1) An injunction or an order in the nature of mandamus may be granted or a receiver or receiver manager appointed by an interlocutory order of the court in all cases in which it appears to the court to be just or convenient that the order should be made.

[58] In *Fourie*, Lord Scott explained that “provided the court has in personam jurisdiction over the person against whom an injunction, whether interlocutory or final, is sought, the court has jurisdiction, in the strict sense, to grant it” (para. 30). However, simply because a court has the jurisdiction to grant an injunction does not mean that it should. A court “will not according to its settled practice do so except in a certain way and under certain circumstances” (Lord Scott, at para. 25, quoting from *Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co.*, [1915] 2 K.B. 536, at p. 563; see also *Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2014] EWHC 3354 (Ch.), [2015] 1 All E.R. 949, at paras. 98-100). Professor Spry comes to similar conclusions (I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9th ed. 2014), at p. 333):

The powers of courts with equitable jurisdiction to grant injunctions are, subject to any relevant statutory restrictions, unlimited. Injunctions are granted only when to do so accords with equitable principles, but this restriction involves, not a defect of powers, but an adoption of doctrines and practices that change in their application from time to time. [Footnote omitted.]

[59] The importance of appropriately modifying judicial restraint to meet the needs of justice was summarized by Lord Nicholls in *Mercedes Benz A.G. v. Leiduck*, [1996] 1 A.C. 284 (P.C.), at p. 308: “As circumstances in the world change, so must the situations in which the courts may properly exercise their jurisdiction to grant injunctions. The exercise of the jurisdiction must be principled, but the criterion is injustice.”

en Colombie-Britannique par le par. 9(1) de la loi intitulée *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253 :

[TRADUCTION]

**39** (1) Le tribunal peut, dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire, accorder une injonction ou une ordonnance de la nature d’un mandamus, ou nommer un séquestre ou un séquestre-gérant par ordonnance interlocutoire.

[58] Dans *Fourie*, lord Scott a expliqué que, [TRADUCTION] « si le tribunal a compétence personnelle à l’égard de la personne contre laquelle l’injonction — interlocutoire ou permanente — est demandée, il a compétence, au sens strict, pour l’accorder » (par. 30). Cependant, le seul fait qu’un tribunal ait compétence pour accorder une injonction ne signifie pas qu’il devrait le faire. Un tribunal « ne le fera, selon sa pratique établie, que d’une certaine façon et dans certaines circonstances » (lord Scott, par. 25, citant *Guaranty Trust Co. of New York c. Hannay & Co.*, [1915] 2 K.B. 536, p. 563; voir aussi *Cartier International AG c. British Sky Broadcasting Ltd.*, [2014] EWHC 3354 (Ch.), [2015] 1 All E.R. 949, par. 98-100). Le professeur Spry est arrivé à des conclusions semblables (I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (9<sup>e</sup> éd. 2014), p. 333) :

[TRADUCTION] Les pouvoirs des tribunaux ayant compétence en equity pour décerner des injonctions sont, sous réserve de toute restriction législative pertinente, illimités. Les injonctions sont prononcées seulement lorsque cela est conforme aux principes d’equity; cette restriction implique non pas une absence de pouvoirs, mais l’adoption de doctrines et de pratiques dont l’application diffère de temps à autre. [Note en bas de page omise.]

[59] Lord Nicholls a résumé l’importance d’adapter la retenue judiciaire aux besoins de la justice dans *Mercedes Benz A.G. c. Leiduck*, [1996] 1 A.C. 284 (C.P.), p. 308 : [TRADUCTION] « Tout comme la situation dans le monde évolue, il doit en être de même des situations où les tribunaux peuvent exercer à bon droit leur compétence pour accorder des injonctions. L’exercice de la compétence doit reposer sur des principes, mais le critère applicable est celui de l’injustice. »

[60] Changes to “settled practice” must not overshoot the mark of avoiding injustice. In our view, granting the Google Order requires changes to settled practice that are not warranted in this case: neither the test for an interlocutory nor a permanent injunction has been met; court supervision is required; the order has not been shown to be effective; and alternative remedies are available.

## II. Factors Suggesting Restraint in This Case

### A. *The Effects of the Google Order Are Final*

[61] In *RJR — MacDonald*, this Court set out the test for interlocutory injunctions — a serious question to be tried, irreparable harm, and the balance of convenience — but also described an exception (at pp. 338-39):

Two exceptions apply to the general rule that a judge should not engage in an extensive review of the merits. The first arises when the result of the interlocutory motion will in effect amount to a final determination of the action. This will be the case either when the right which the applicant seeks to protect can only be exercised immediately or not at all, or when the result of the application will impose such hardship on one party as to remove any potential benefit from proceeding to trial. . . .

The circumstances in which this exception will apply are rare. When it does, a more extensive review of the merits of the case must be undertaken. Then when the second and third stages of the test are considered and applied the anticipated result on the merits should be borne in mind. [Emphasis added.]

[62] In our view, the Google Order “in effect amount[s] to a final determination of the action” because it “remove[s] any potential benefit from proceeding to trial”. In order to understand this conclusion, it is useful to review Equustek’s underlying claim. Equustek sought, in its Further Amended Notice of Civil Claim against Datalink, damages, declarations, and:

[60] Les changements à la « pratique établie » ne doivent pas aller au-delà de l’objectif d’éviter une injustice. À notre avis, accorder l’ordonnance visant Google exige des changements à la pratique établie qui ne sont pas justifiés en l’espèce : ni le critère applicable à l’octroi d’une injonction interlocutoire ni celui applicable à l’octroi d’une injonction permanente ne sont respectés; la supervision du tribunal est requise; il n’a pas été démontré que l’ordonnance était efficace; et d’autres recours sont possibles.

## II. Facteurs commandant la retenue en l’espèce

### A. *Les effets de l’ordonnance visant Google sont finaux*

[61] Dans *RJR — MacDonald*, la Cour a établi le critère applicable à l’octroi des injonctions interlocutoires — question sérieuse à juger, préjudice irréparable et prépondérance des inconvénients —, mais elle a aussi prévu une exception (p. 338-339) :

Il existe deux exceptions à la règle générale selon laquelle un juge ne devrait pas procéder à un examen approfondi sur le fond. La première est le cas où le résultat de la demande interlocutoire équivaudra en fait au règlement final de l’action. Ce sera le cas, d’une part, si le droit que le requérant cherche à protéger est un droit qui ne peut être exercé qu’immédiatement ou pas du tout, ou, d’autre part, si le résultat de la demande aura pour effet d’imposer à une partie un tel préjudice qu’il n’existe plus d’avantage possible à tirer d’un procès. . . .

Les circonstances justifiant l’application de cette exception sont rares. Lorsqu’elle s’applique, le tribunal doit procéder à un examen plus approfondi du fond de l’affaire. Puis, au moment de l’application des deuxième et troisième étapes de l’analyse, il doit tenir compte des résultats prévus quant au fond. [Nous soulignons.]

[62] À notre avis, l’ordonnance visant Google « équivau[t] en fait au règlement final de l’action » puisqu’il « n’existe plus d’avantage possible à tirer d’un procès ». Pour comprendre cette conclusion, il est utile d’examiner la demande sous-jacente d’Equustek. Dans son avis de poursuite civile modifié déposé contre Datalink, Equustek a demandé des dommages-intérêts, des jugements déclaratoires et :

A temporary and permanent injunction restraining the Defendants from:

- a. using the Plaintiffs' trademarks and free-riding on the goodwill of any Equustek products on any website;
- b. making statements disparaging or in any way referring to the Equustek products;
- c. distributing the offending manuals and displaying images of the Plaintiff's products on any website; and
- d. selling the GW1000 line of products which were created by the theft of the Plaintiff's trade secrets;

and obliging them to:

- e. immediately disclose all hidden websites;
- f. display a page on all websites correcting [their] misrepresentations about the source and continuing availability of the Equustek products and directing customers to Equustek.

In short, Equustek sought injunctions modifying the way in which Datalink carries out its website business, along with damages and declarations. On June 20, 2012, Datalink's response was struck and Equustek was given leave to apply for default judgment. It has not done so. On December 13, 2012, Justice Tindale ordered that

[t]he Defendants Morgan Jack, Datalink Technologies Gateways Inc. and Datalink Technologies Gateways LLC (the "Datalink Defendants") cease operating or carrying on business through any website, including those contained in Schedule "A" and all associated pages, subpages and subdirectories, and that these Defendants immediately take down all such websites, until further order of this court. ["December 2012 Order"]

The December 2012 Order gives Equustek *more* than the injunctive relief it sought in its originating claim. Rather than simply ordering the modification of Datalink websites, the December 2012 Order requires the ceasing of website business altogether. In our view, little incentive remains for Equustek

[TRADUCTION] Une injonction provisoire et permanente interdisant aux défendeurs les actes suivants :

- a. utiliser les marques de commerce des demandeurs et bénéficiaire sans contrepartie de l'achalandage attaché aux produits d'Equustek sur tout site Web;
- b. faire des déclarations dépréciant les produits d'Equustek ou renvoyant de quelque façon que ce soit à ceux-ci;
- c. distribuer les manuels en cause et afficher des images des produits des demandeurs sur tout site Web; et
- d. vendre la gamme de produits GW1000 créés par suite du vol des secrets commerciaux des demandeurs;

et leur imposant les obligations suivantes :

- e. divulguer immédiatement tous les sites Web cachés; et
- f. afficher une page sur tous les sites Web corrigeant [leurs] déclarations inexactes concernant la source et la disponibilité continue des produits d'Equustek et qui dirige les clients vers Equustek.

En résumé, Equustek a demandé des injonctions modifiant la façon dont Datalink exerce ses activités de sites Web, ainsi que des dommages-intérêts et des jugements déclaratoires. Le 20 juin 2012, la réponse de Datalink a été radiée et Equustek a été autorisée à solliciter un jugement par défaut, mais elle ne l'a pas fait. Le 13 décembre 2012, le juge Tindale a ordonné que

[TRADUCTION] [l]es défendeurs Morgan Jack, Datalink Technologies Gateways Inc. et Datalink Technologies Gateways LLC (les « défendeurs Datalink ») cessent d'exercer des activités par l'entremise de tout site Web, y compris ceux mentionnés à l'annexe « A » ainsi que l'ensemble des pages, des sous-pages et des sous-répertoires connexes, et ferment immédiatement tous ces sites, jusqu'à ce que la cour rende une nouvelle ordonnance. [« ordonnance de décembre 2012 »]

L'ordonnance de décembre 2012 accorde à Equustek *plus* que l'injonction qu'elle sollicitait dans sa demande initiale. Plutôt que de simplement exiger la modification des sites Web de Datalink, cette ordonnance prévoit la cessation complète de ses activités au moyen de tout site Web. À notre avis, Equustek

to return to court to seek a lesser injunctive remedy. This is evidenced by Equustek's choice to not seek default judgment during the roughly five years which have passed since it was given leave to do so.

[63] As for the Google Order, it provides Equustek with an additional remedy, beyond the December 2012 Order and beyond what was sought in its original claim. In our view, granting of the Google Order further erodes any remaining incentive for Equustek to proceed with the underlying action. The effects of the Google Order are final in nature. Respectfully, the pending litigation assumed by our colleague Abella J. is a fiction. The Google Order, while interlocutory in form, is final in effect. Thus, it gives Equustek more relief than it sought.

[64] Procedurally, Equustek requested an interlocutory order in the course of its litigation with Datalink. While Equustek's action against Datalink could technically endure indefinitely (P. G. Fraser, J. W. Horn and S. A. Griffin, *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia* (2nd ed. (loose-leaf)), at § 14.1) — and thus the interlocutory status of the injunction could technically endure indefinitely — it does not follow that the Google Order should be considered interlocutory. Courts of equity look to substance over form, because “a dogged devotion to form has often resulted in injustice” (*John Deere Ltd. v. Firdale Farms Ltd.* (1987), 45 D.L.R. (4th) 641 (Man. C.A.), at p. 645). In *Parkin v. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698, at p. 701, Lord Romilly explained it thus:

. . . Courts of Equity make a distinction in all cases between that which is matter of substance and that which is matter of form; and if [they do] find that by insisting on the form, the substance will be defeated, [they hold] it to be inequitable to allow a person to insist on such form, and thereby defeat the substance.

n'a guère avantage à retourner devant le tribunal pour obtenir une injonction moins sévère, comme en témoigne le choix d'Equustek de ne pas demander de jugement par défaut pendant la période d'environ cinq ans qui s'est écoulée depuis qu'elle a obtenu l'autorisation de ce faire.

[63] En ce qui a trait à l'ordonnance visant Google, elle accorde une réparation additionnelle à Equustek, réparation allant au-delà de l'ordonnance de décembre 2012 et de ce qu'elle réclamait dans sa demande initiale. À notre avis, le fait d'accorder cette ordonnance érode davantage toute motivation que pourrait encore avoir Equustek à donner suite à l'action sous-jacente. Les effets de l'ordonnance visant Google sont de nature finale. Avec égards, le litige pendant que prend pour acquis notre collègue la juge Abella est une fiction. Bien que de forme interlocutoire, l'ordonnance visant Google a un effet final. En conséquence, elle accorde à Equustek une réparation supérieure à celle qu'elle demandait.

[64] Sur le plan procédural, Equustek a demandé une ordonnance interlocutoire dans le cadre du litige l'opposant à Datalink. Même si l'action d'Equustek contre Datalink pourrait théoriquement durer indéfiniment (P. G. Fraser, J. W. Horn et S. A. Griffin, *The Conduct of Civil Litigation in British Columbia* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), § 14.1) — et que la nature interlocutoire de l'injonction pourrait donc théoriquement durer indéfiniment —, il ne s'ensuit pas que l'ordonnance visant Google devrait être considérée comme une ordonnance interlocutoire. Les tribunaux d'équité privilégient l'examen du fond plutôt que de la forme, parce que [TRADUCTION] « un attachement inébranlable à la forme a souvent entraîné une injustice » (*John Deere Ltd. c. Firdale Farms Ltd.* (1987), 45 D.L.R. (4th) 641 (C.A. Man.), p. 645). Dans *Parkin c. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698, p. 701, lord Romilly a expliqué cela de la façon suivante :

[TRADUCTION] . . . Les tribunaux d'équité font dans tous les cas une distinction entre une question de fond et une question de forme, et, s'ils concluent que le fait d'insister sur une question de forme ira à l'encontre du fond, ils jugeront inéquitable de permettre à une personne d'insister sur une telle question et d'aller ainsi à l'encontre du fond.

In our view, the substance of the Google Order amounts to a final remedy. As such, it provides Equustek with more equitable relief than it sought against Datalink, and amounts to final resolution via Google. It is, in effect, a permanent injunction.

[65] Following *RJR — MacDonald* (at pp. 338-39), an extensive review of the merits is therefore required at the first stage of the analysis (*Schooff v. British Columbia (Medical Services Commission)*, 2010 BCCA 396, 323 D.L.R. (4th) 680, at paras. 26-27). Yet this was not done. When Justice Fenlon considered Equustek's application for an interim injunction enjoining Google to cease indexing or referencing Datalink's websites, she did not conduct an extensive review of the merits. She did however note that Equustek had raised an arguable case, and that Datalink was presumed to have admitted the allegations when its defenses were struck (para. 151). The rule is not immutable that if a statement of defense is struck, the defendant is deemed to have admitted the allegations contained in the statement of claim. While the facts relating to Datalink's liability are deemed to be admitted, the court can still exercise its discretion in assessing Equustek's claims (*McIsaac v. Healthy Body Services Inc.*, 2009 BCSC 1716, at paras. 42 and 44 (CanLII); *Plouffe v. Roy*, 2007 CanLII 37693 (Ont. S.C.J.), at para. 53; *Spiller v. Brown* (1973), 43 D.L.R. (3d) 140 (Alta. S.C. (App. Div.)), at p. 143). Equustek has avoided such an assessment. Thus, an extensive review of the merits was not carried out.

[66] The Google Order also does not meet the test for a permanent injunction. To obtain a permanent injunction, a party is required to establish: (1) its legal rights; (2) that damages are an inadequate remedy; and (3) that there is no impediment to the court's discretion to grant an injunction (*1711811 Ontario Ltd. v. Buckley Insurance Brokers Ltd.*, 2014 ONCA 125, 371 D.L.R. (4th) 643, at paras. 74-80; *Spry*, at pp. 395 and 407-8). Equustek has shown the inadequacy of damages (damages are ascertainable but unlikely to be recovered, and the wrong is continuing). However, in our view, it is unclear whether

Nous sommes d'avis que la substance de l'ordonnance visant Google équivaut à une réparation finale. Cette ordonnance fournit donc à Equustek une réparation en equity supérieure à celle sollicitée contre Datalink et équivaut au règlement final de l'action par l'entremise de Google. Il s'agit, dans les faits, d'une injonction permanente.

[65] Selon l'arrêt *RJR — MacDonald* (p. 338-339), il faut, à la première étape de l'analyse, procéder à un examen approfondi sur le fond (*Schooff c. British Columbia (Medical Services Commission)*, 2010 BCCA 396, 323 D.L.R. (4th) 680, par. 26-27). Cependant, cela n'a pas été fait. Lorsque la juge Fenlon s'est penchée sur la demande d'injonction interlocutoire présentée par Equustek dans le but d'obliger Google à cesser le listage ou le référencement des sites Web de Datalink, elle n'a pas effectué un tel examen. Elle a toutefois souligné qu'Equustek avait présenté une cause défendable et que Datalink était présumée avoir admis les allégations lorsque ses moyens de défense avaient été radiés (par. 151). La règle selon laquelle le défendeur est réputé avoir admis les allégations contenues dans la déclaration lorsque sa défense est radiée n'est pas immuable. Bien que les faits relatifs à la responsabilité de Datalink soient réputés avoir été admis, le tribunal peut toujours exercer son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il évalue les allégations d'Equustek (*McIsaac c. Healthy Body Services Inc.*, 2009 BCSC 1716, par. 42 et 44 (CanLII); *Plouffe c. Roy*, 2007 CanLII 37693 (C.S.J. Ont.), par. 53; *Spiller c. Brown* (1973), 43 D.L.R. (3d) 140 (C.S. Alb. (Div. app.)), p. 143). Equustek a évité une telle évaluation. Un examen approfondi sur le fond n'a donc pas eu lieu.

[66] De plus, l'ordonnance visant Google ne satisfait pas au critère applicable à l'octroi d'une injonction permanente. Pour obtenir une telle injonction, une partie doit établir que : (1) des droits lui sont reconnus, (2) des dommages-intérêts ne constituent pas une réparation adéquate et (3) rien n'empêche le tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder une injonction (*1711811 Ontario Ltd. c. Buckley Insurance Brokers Ltd.*, 2014 ONCA 125, 371 D.L.R. (4th) 643, par. 74-80; *Spry*, p. 395 et 407-408). Equustek a démontré le caractère inadéquat des dommages-intérêts (le montant

the first element of the test has been met. Equustek's claims were supported by a good *prima facie* case, but it was not established that Datalink designed and sold counterfeit versions of its product, or that this resulted in trademark infringement and unlawful appropriation of trade secrets.

[67] In any case, the discretionary factors affecting the grant of an injunction strongly favour judicial restraint. As we will outline below, the Google Order enjoins a non-party, yet Google has not aided or abetted Datalink's wrongdoing; it holds no assets of Equustek's, and has no information relevant to the underlying proceedings. The Google Order is mandatory and requires court supervision. It has not been shown to be effective, and Equustek has alternative remedies.

#### B. *Google Is a Non-Party*

[68] A court order does not "technically" bind non-parties, but "anyone who disobeys the order or interferes with its purpose may be found to have obstructed the course of justice and hence be found guilty of contempt of court" (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1996] 2 S.C.R. 1048, at paras. 23 and 27). In *MacMillan Bloedel*, the injunction prohibiting named individuals from blocking a logging road also caused non-parties to face contempt proceedings for doing the act prohibited by the injunction.

[69] The instant case is not one where a non-party with knowledge of a court order deliberately disobeyed it and thereby deprecated the court's authority. Google did not carry out the act prohibited by the December 2012 Order. The act prohibited by the December 2012 Order is Datalink "carrying on business through any website". That act occurs

de ceux-ci est déterminable, mais a peu de chances d'être recouvré, et l'acte répréhensible se poursuit). Cependant, à notre avis, on ne sait pas avec certitude si le premier élément du test est respecté. Les allégations d'Equustek reposaient sur une preuve à première vue valable, mais il n'a pas été établi que Datalink a conçu et vendu des versions contrefaites de son produit ou que cela a causé une contrefaçon de marque de commerce et une appropriation illégale de secrets commerciaux.

[67] Quoi qu'il en soit, les facteurs à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non une injonction militent fortement en faveur de la retenue judiciaire. Comme nous l'indiquerons plus loin, l'ordonnance visant Google oblige un tiers à faire quelque chose; pourtant, Google n'a pas aidé ni encouragé Datalink à commettre l'acte répréhensible en cause, ne détient aucun élément d'actif d'Equustek et ne dispose d'aucun renseignement pertinent à l'égard de la procédure sous-jacente. L'ordonnance visant Google est une ordonnance mandatoire nécessitant la supervision du tribunal. Son efficacité n'a pas été démontrée et d'autres recours s'offrent à Equustek.

#### B. *Google est un tiers*

[68] Une ordonnance judiciaire n'est pas, « strictement parlant », opposable aux tiers, mais « quiconque enfreint l'ordonnance ou en gêne l'application peut se voir reprocher une entrave à la justice et donc se rendre coupable d'outrage au tribunal » (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1996] 2 R.C.S. 1048, par. 23 et 27). Dans l'arrêt *MacMillan Bloedel*, l'injonction qui interdisait à des personnes nommément désignées de bloquer un chemin d'exploitation a également entraîné l'introduction de procédures pour outrage contre des tiers du fait que ceux-ci avaient posé l'acte que l'injonction interdisait.

[69] Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où un tiers ayant connaissance d'une ordonnance judiciaire y a délibérément désobéi, faisant ainsi fi de l'autorité du tribunal. Google n'a pas posé l'acte prohibé par l'ordonnance de décembre 2012. Cette dernière interdit à Datalink [TRADUCTION] « d'exercer des activités par l'entremise de tout site Web ».

whenever Datalink launches websites to carry out business — not when other parties, such as Google, make it known that such websites exist.

[70] There is no doubt that non-parties also risk contempt proceedings by aiding and abetting the doing of a prohibited act (*Seaward v. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.); D. Bean, A. Burns and I. Parry, *Injunctions* (11th ed. 2012), at para. 9-08). Lord Denning said in *Acrow (Automation) Ltd. v. Rex Chainbelt Inc.*, [1971] 1 W.L.R. 1676 (C.A.), at p. 1682:

It has long been held that the court has jurisdiction to commit for contempt a person, not a party to the action, who, knowing of an injunction, aids and abets the defendant in breaking it. The reason is that by aiding and abetting the defendant, he is obstructing the course of justice.

[71] In our view, Google did not aid or abet the doing of the prohibited act. Equustek alleged that Google's search engine was facilitating Datalink's ongoing breach by leading customers to Datalink websites (Fenlon J.'s reasons, at para. 10). However, the December 2012 Order was to cease carrying on business through any website. That Order was breached as soon as Datalink established a website to conduct its business, regardless of how visible that website might be through Google searches. If Equustek's argument were accepted, the scope of "aids and abets" would, in our view, become overbroad. It might include the companies supplying Datalink with the material to produce the derivative products, the companies delivering the products, or as Google argued in its factum, it might also include the local power company that delivers power to Datalink's physical address. Critically, Datalink breached the December 2012 Order simply by launching websites to carry out business, regardless of whether Google searches ever reveal the websites.

Datalink pose un tel acte chaque fois qu'elle met en service des sites Web pour exercer ses activités — et non lorsque d'autres parties, comme Google, font connaître l'existence de ces sites.

[70] Il n'y a aucun doute que des tiers risquent aussi de faire l'objet de procédures pour outrage s'ils aident à la perpétration de l'acte prohibé ou encouragent celle-ci (*Seaward c. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.); D. Bean, A. Burns et I. Parry, *Injunctions* (11<sup>e</sup> éd. 2012), par. 9-08). Lord Denning a affirmé ce qui suit dans *Acrow (Automation) Ltd. c. Rex Chainbelt Inc.*, [1971] 1 W.L.R. 1676 (C.A.), p. 1682 :

[TRADUCTION] Il est établi depuis longtemps que le tribunal a le pouvoir de condamner pour outrage une personne qui n'est pas partie à l'action et qui, sachant qu'une injonction existe, aide et encourage le défendeur à y contrevenir. La raison est qu'en aidant et en encourageant le défendeur, cette personne entrave le cours de la justice.

[71] À notre avis, Google n'a pas aidé à la perpétration de l'acte prohibé ni encouragé celle-ci. Equustek a soutenu qu'en dirigeant les clients vers les sites Web de Datalink, le moteur de recherche de Google facilitait la perpétration continue par Datalink de la violation reprochée (motifs de la juge Fenlon, par. 10). Cependant, l'ordonnance de décembre 2012 visait la cessation des activités par l'entremise de tout site Web. Il y a eu manquement à cette ordonnance dès que Datalink a créé un site Web pour exercer ses activités, peu importe à quel point ce site était visible lors de recherches sur Google. Si l'argument d'Equustek était retenu, la portée de l'expression « aide et encourage » deviendrait, à notre avis, excessive. Elle pourrait permettre d'inclure les entreprises qui fournissent à Datalink les matériaux nécessaires à la production des produits dérivés, celles qui livrent les produits ou, comme Google l'a fait valoir dans son mémoire, l'entreprise locale d'électricité qui fournit de l'électricité à l'adresse physique de Datalink. Fait crucial, Datalink a contrevenu à l'ordonnance de décembre 2012 simplement en mettant en service des sites Web pour exercer ses activités, peu importe si les recherches sur Google révélaient ceux-ci.



[72] We agree with our colleague Justice Abella that *Mareva* injunctions and *Norwich* orders can operate against non-parties. However, we respectfully disagree that the Google Order is similar in nature to those remedies. *Mareva* injunctions are granted to freeze assets until the completion of a trial — they do not enforce a plaintiff’s substantive rights (*Mercedes Benz*, at p. 302). In contrast, the Google Order enforces Equustek’s asserted intellectual property rights by seeking to minimize harm to those rights. It does not freeze Datalink’s assets (and, in fact, may erode those assets).

[73] *Norwich* orders are made to compel information from third parties. In *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133 (H.L.), at p. 175, Lord Reid identified

a very reasonable principle that if through no fault of his own a person gets mixed up in the tortious acts of others so as to facilitate their wrong-doing he may incur no personal liability but he comes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and disclosing the identity of the wrongdoers.

Lord Reid found that “without certain action on [Customs’] part the infringements could never have been committed” (p. 174). In spite of this finding, the court did not require Customs to take specific action to prevent importers from infringing the patent of *Norwich Pharmacal*; rather the court issued a limited order compelling Customs to disclose the names of importers. In *Cartier*, the court analogized from *Norwich* to support an injunction requiring Internet service providers (“ISPs”) to block access to trademark-infringing websites because “it is via the ISPs’ services” that customers view and purchase the infringing material (para. 155). That injunction did not extend to parties merely assisting in finding the websites.

[72] Nous convenons avec notre collègue la juge Abella que les injonctions *Mareva* et les ordonnances de type *Norwich* sont opposables aux tiers. Cependant, avec égards, nous croyons que l’ordonnance visant Google n’est pas de nature semblable à ces réparations. Les injonctions *Mareva* visent à geler des actifs jusqu’à la fin du procès, et non pas à assurer le respect des droits substantiels du demandeur (*Mercedes Benz*, p. 302). En revanche, l’ordonnance visant Google assure le respect des droits de propriété intellectuelle revendiqués par Equustek en cherchant à réduire au minimum l’atteinte à ces droits. Elle ne gèle pas certains actifs de Datalink (et, en réalité, elle pourrait les amoindrir).

[73] Les ordonnances de type *Norwich* visent à obliger des tiers à fournir des renseignements. Dans *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*, [1974] A.C. 133 (H.L.), p. 175, lord Reid a fait ressortir

[TRADUCTION] un principe très raisonnable voulant que si, sans que ce soit sa faute, une personne est mêlée aux actes délictueux d’autres personnes de manière à faciliter l’acte répréhensible qui leur est reproché, elle n’engage peut-être pas sa responsabilité personnelle, mais elle est tenue d’aider la personne lésée en lui donnant des renseignements complets et en lui révélant l’identité des mal-fauteurs.

Lord Reid a conclu que [TRADUCTION] « si les [autorités douanières] n’avaient pas accompli certains actes, une partie des violations n’aurait jamais pu être commise » (p. 174). Malgré cette conclusion, la cour n’a pas exigé que les autorités douanières prennent des mesures précises pour empêcher les importateurs de contrefaire le brevet de *Norwich Pharmacal*; la cour a plutôt rendu une ordonnance limitée obligeant les autorités douanières à révéler les noms des importateurs. Dans *Cartier*, la cour a établi une analogie avec l’affaire *Norwich* pour justifier une injonction intimant à des fournisseurs de services Internet (« FSI ») de bloquer l’accès à des sites Web contrefaisant des marques de commerce parce que [TRADUCTION] « c’est par l’entremise des services des FSI » que les clients voient et achètent les produits contrefaits (par. 155). Cette injonction ne s’appliquait pas aux parties qui ne faisaient qu’aider à localiser les sites Web.

[74] In the case at bar, we are of the view that Google does not play a role in Datalink's breach of the December 2012 Order. Whether or not the December 2012 Order is violated does not hinge on the degree of success of the prohibited website business. Rather, the December 2012 Order is violated merely by Datalink conducting business through a website, regardless of the visibility of that website or the number of customers that visit the website. Thus Google does not play a role analogous to Customs in *Norwich* nor the ISPs in *Cartier*. And unlike the order in *Norwich*, the Google Order compels positive action aimed at the illegal activity rather than simply requiring the provision of information to the court.

### C. *The Google Order Is Mandatory*

[75] While the distinction between mandatory and prohibitive injunctions has been questioned (see *National Commercial Bank of Jamaica Ltd. v. Olint Corp.*, [2009] 1 W.L.R. 1405 (P.C.), at para. 20), courts have rightly, in our view, proceeded cautiously where an injunction requires the defendant to incur additional expenses to take positive steps (*Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652 (H.L.), at pp. 665-66; J. Berryman, *The Law of Equitable Remedies* (2nd ed. 2013), at pp. 199-200). Also relevant to the decision of whether to grant a mandatory injunction is whether it might require continued supervision by the courts, especially where the terms of the order cannot be precisely drawn and where it may result in wasteful litigation over compliance (*Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.*, [1998] A.C. 1 (H.L.)).

[76] The Google Order requires ongoing modification and supervision because Datalink is launching new websites to replace de-listed ones. In fact, the Google Order has been amended at least seven times to capture Datalink's new sites (orders

[74] En l'espèce, nous sommes d'avis que Google ne joue aucun rôle dans la violation par Datalink de l'ordonnance de décembre 2012. La question de savoir s'il y a violation de l'ordonnance de décembre 2012 ne dépend pas du degré de succès des activités prohibées exercées par l'entremise de sites Web. Il y a manquement à cette ordonnance du simple fait que Datalink exerce des activités par l'entremise d'un site Web, peu importe la visibilité de ce site ou le nombre de clients qui le visitent. En conséquence, Google ne joue pas un rôle analogue à celui des autorités douanières dans *Norwich* ni à celui des FSI dans *Cartier*. Et, contrairement à l'ordonnance prononcée dans *Norwich*, l'ordonnance visant Google requiert la prise de mesures concrètes à l'égard de l'activité illégale plutôt que de simplement exiger que des renseignements soient fournis au tribunal.

### C. *L'ordonnance visant Google est une ordonnance mandatoire*

[75] Bien que la distinction entre les injonctions mandatoires et les injonctions prohibitives ait été mise en doute (voir *National Commercial Bank of Jamaica Ltd. c. Olint Corp.*, [2009] 1 W.L.R. 1405 (C.P.), par. 20), les tribunaux ont, à juste titre selon nous, procédé avec prudence lorsqu'une injonction exigeait que le défendeur engage des dépenses additionnelles pour prendre des mesures concrètes (*Redland Bricks Ltd. c. Morris*, [1970] A.C. 652 (H.L.), p. 665-666; J. Berryman, *The Law of Equitable Remedies* (2<sup>e</sup> éd. 2013), p. 199-200). Pour décider s'il convient ou non d'accorder une injonction mandatoire, il est également pertinent de se demander si celle-ci nécessiterait une supervision judiciaire continue, en particulier lorsque les modalités de l'ordonnance ne peuvent être définies avec précision et lorsque le respect de l'ordonnance pourrait donner lieu à des litiges onéreux (*Co-operative Insurance Society Ltd. c. Argyll Stores (Holdings) Ltd.*, [1998] A.C. 1 (H.L.)).

[76] L'ordonnance visant Google nécessite des modifications et une supervision continues parce que Datalink met en service de nouveaux sites Web pour remplacer ceux qui sont délistés. En fait, cette ordonnance a été modifiée au moins sept fois

dated November 27, 2014; April 22, 2015; June 4, 2015; July 3, 2015; September 15, 2015; January 12, 2016 and March 30, 2016). In our view, courts should avoid granting injunctions that require such cumbersome court-supervised updating.

*D. The Google Order Has Not Been Shown to Be Effective*

[77] A court may decline to grant an injunction on the basis that it would be futile or ineffective in achieving the purpose for which it is sought (Spry, at pp. 419-20; Berryman, at p. 113). For example, in *Attorney General v. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.), the *Spycatcher* memoirs of an M.I.5 agent were already readily available, thus making a perpetual injunction against publication by the defendant newspapers ineffective.

[78] In our view, the Google Order is not effective in enforcing the December 2012 Order. It is recalled that the December 2012 Order requires that Datalink “cease operating or carrying on business through any website” — it says nothing about the visibility or success of the website business. The December 2012 Order is violated as soon as Datalink launches websites to carry on business, regardless of whether those websites appear in a Google search. Moreover, the Google Order does not assist Equustek in modifying the Datalink websites, as Equustek sought in its originating claim for injunctive relief.

[79] The most that can be said is that the Google Order might reduce the harm to Equustek which Fenlon J. found “Google is inadvertently facilitating” (para. 152). But it has not been shown that the Google Order is effective in doing so. As Google points out, Datalink’s websites can be found using other search engines, links from other sites, bookmarks, email, social media, printed material, word-of-mouth, or other indirect means. Datalink’s websites are open for business on the Internet whether Google searches list them or not. In our

pour permettre d’englober les nouveaux sites de Datalink (ordonnances datées du 27 novembre 2014, du 22 avril 2015, du 4 juin 2015, du 3 juillet 2015, du 15 septembre 2015, du 12 janvier 2016 et du 30 mars 2016). À notre avis, les tribunaux devraient éviter d’accorder des injonctions impliquant un processus aussi lourd de mise à jour sous supervision judiciaire.

*D. L’efficacité de l’ordonnance visant Google n’a pas été démontrée*

[77] Un tribunal peut refuser d’accorder une injonction au motif qu’elle serait inutile ou inefficace pour atteindre l’objectif recherché (Spry, p. 419-420; Berryman, p. 113). Par exemple, dans *Attorney General c. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.), les mémoires d’un agent du MI-5, intitulés *Spycatcher*, étaient déjà facilement accessibles, ce qui rendait inefficace l’octroi d’une injonction permanente de non-publication contre les journaux défendeurs.

[78] À notre avis, l’ordonnance visant Google est inefficace pour assurer le respect de l’ordonnance de décembre 2012. Il importe de rappeler que l’ordonnance de décembre 2012 exige que Datalink « cess[e] d’exercer des activités par l’entremise de tout site Web »; elle ne prévoit rien à l’égard de la visibilité ou du succès de ces activités. Il y a manquement à cette ordonnance dès que Datalink met en service des sites Web pour exercer ses activités, peu importe si ceux-ci apparaissent dans les résultats d’une recherche sur Google. De plus, l’ordonnance visant Google n’aide pas Equustek à faire modifier les sites Web de Datalink, comme Equustek l’a demandé dans sa demande initiale d’injonction.

[79] Le plus que l’on puisse dire, c’est que l’ordonnance visant Google pourrait réduire le préjudice causé à Equustek, préjudice que [TRADUCTION] « Google facilite par inadvertance », selon la juge Fenlon (par. 152). Mais il n’a pas été démontré que cette ordonnance constitue un moyen efficace de ce faire. Comme le souligne Google, on peut trouver les sites Web de Datalink à l’aide d’autres moteurs de recherche, de liens d’autres sites, de signets, de courriels, de médias sociaux, de documents imprimés, du bouche à oreille ou d’autres moyens indirects.

view, this lack of effectiveness suggests restraint in granting the Google Order.

[80] Moreover, the quest for elusive effectiveness led to the Google Order having worldwide effect. This effect should be taken into consideration as a factor in exercising discretion. Spry explains that territorial limitations to equitable jurisdiction are “to some extent determined by reference to questions of effectiveness and of comity” (p. 37). While the worldwide effect of the Google Order does not make it more effective, it could raise concerns regarding comity.

#### E. *Alternatives Are Available*

[81] Highlighting the lack of effectiveness are the alternatives available to Equustek. An equitable remedy is not required unless there is no other appropriate remedy at law (Spry, at pp. 402-3). In our view, Equustek has an alternative remedy in law. Datalink has assets in France. Equustek sought a world-wide *Mareva* injunction to freeze those assets, but the Court of Appeal for British Columbia urged Equustek to pursue a remedy in French courts: “At present, it appears that the proposed defendants reside in France. . . . The information before the Court is that French courts will assume jurisdiction and entertain an application to freeze the assets in that country” (2016 BCCA 190, 88 B.C.L.R. (5th) 168, at para. 24). We see no reason why Equustek cannot do what the Court of Appeal urged it to do. Equustek could also pursue injunctive relief against the ISPs, as was done in *Cartier*, in order to enforce the December 2012 Order. In addition, Equustek could initiate contempt proceedings in France or in any other jurisdiction with a link to the illegal websites.

Peu importe s'ils apparaissent ou non dans les résultats d'une recherche sur Google, les sites Web de Datalink sont néanmoins accessibles aux clients potentiels sur Internet. À notre avis, l'absence d'efficacité commande la retenue relativement à l'octroi de l'ordonnance visant Google.

[80] De plus, la recherche d'une efficacité illusoire a conféré à l'ordonnance des effets à l'échelle mondiale, effets qui devraient constituer un facteur à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le professeur Spry explique que les limites territoriales de la compétence en equity sont [TRADUCTION] « dans une certaine mesure établies en fonction de questions d'efficacité et de courtoisie » (p. 37). Bien qu'ils ne rendent pas l'ordonnance visant Google plus efficace, les effets à l'échelle mondiale de cette ordonnance pourraient soulever des préoccupations relatives à la courtoisie.

#### E. *D'autres solutions sont possibles*

[81] Les alternatives à la disposition d'Equustek démontrent l'inefficacité de l'ordonnance. Une réparation en equity n'est requise que s'il n'existe aucun autre recours juridique approprié (Spry, p. 402-403). À notre avis, Equustek dispose d'un tel autre recours. Datalink possède des biens en France. Equustek a demandé une injonction *Mareva* de portée mondiale pour geler ces biens, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a recommandé avec insistance à Equustek d'exercer un recours devant les tribunaux français : [TRADUCTION] « À l'heure actuelle, il semble que les défendeurs proposés résident en France. [. . .] Selon les renseignements soumis à la Cour, les tribunaux français se déclareront compétents et entendront la demande visant le gel des biens dans ce pays » (2016 BCCA 190, 88 B.C.L.R. (5th) 168, par. 24). Nous ne voyons pas pourquoi Equustek ne peut pas faire ce que la Cour d'appel lui a recommandé avec insistance de faire. Equustek pourrait également — comme ce fut le cas dans *Cartier* — demander une injonction contre les FSI afin de faire respecter l'ordonnance de décembre 2012. De plus, Equustek pourrait tenter une procédure pour outrage en France ou dans tout autre pays ayant un lien avec les sites Web illégaux.

### III. Conclusion

[82] For these reasons, we are of the view that the Google Order ought not to have been granted. We would allow the appeal and set aside the June 13, 2014 order of the Supreme Court of British Columbia.

*Appeal dismissed with costs, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Robert Fleming Lawyers, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the OpenMedia Engagement Network: Cynthia Khoo, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Reporters Committee for Freedom of the Press, the American Society of News Editors, the Association of Alternative Newsmedia, The Center for Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc., the First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc., the New England First Amendment Coalition, the News Media Alliance (formerly known as the Newspaper Association of America), AOL Inc., the California Newspaper Publishers Association, The Associated Press, The Investigative Reporting Workshop at American University, the Online News Association and the Society of Professional Journalists: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Human Rights Watch, ARTICLE 19, Open Net (Korea), the Software*

### III. Conclusion

[82] Pour ces motifs, nous estimons que l'ordonnance visant Google n'aurait pas dû être accordée. Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance prononcée le 13 janvier 2014 par la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges CÔTÉ et ROWE sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Robert Fleming Lawyers, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureure de l'intervenant OpenMedia Engagement Network : Cynthia Khoo, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Reporters Committee for Freedom of the Press, American Society of News Editors, Association of Alternative Newsmedia, The Center for Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc., First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc., New England First Amendment Coalition, News Media Alliance (anciennement connue sous le nom de Newspaper Association of America), AOL Inc., California Newspaper Publishers Association, The Associated Press, The Investigative Reporting Workshop at American University, Online News Association et Society of Professional Journalists : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Human Rights Watch, ARTICLE 19, Open Net (Korea), Software*

*Freedom Law Centre and the Center for Technology and Society: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Wikimedia Foundation: McInnes Cooper, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Electronic Frontier Foundation: MacPherson Leslie & Tyerman, Vancouver; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the International Federation of the Phonographic Industry, Music Canada, the Canadian Publishers' Council, the Association of Canadian Publishers, the International Confederation of Societies of Authors and Composers, the International Confederation of Music Publishers and the Worldwide Independent Network: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the International Federation of Film Producers Associations: MacKenzie Barristers, Toronto.*

*Freedom Law Centre et Center for Technology and Society : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Wikimedia Foundation : McInnes Cooper, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Electronic Frontier Foundation : MacPherson Leslie & Tyerman, Vancouver; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants la Fédération internationale de l'industrie phonographique, Music Canada, Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs, la Confédération internationale des éditeurs de musique et Worldwide Independent Network : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération internationale des associations de producteurs de films : MacKenzie Barristers, Toronto.*



ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca





**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 4, 2017 Vol. 1**

**4<sup>e</sup> cahier, 2017 Vol. 1**

Cited as [2017] 1 S.C.R. { i-lxxiii  
865-1145

Renvoi [2017] 1 R.C.S. { i-lxxiii  
865-1145

---

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

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

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ  
MANON PLOUFFE

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

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



## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata.....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xxi
Table of Cases Cited .....	xxv
Statutes and Regulations Cited .....	lxi
Authors Cited.....	lxv
Index .....	1129

### **R. v. Bradshaw ..... 865**

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Principled exception to hearsay rule — Trial judge admitting co-accused’s hearsay statement into evidence — When can trial judge rely on corroborative evidence to conclude that threshold reliability of hearsay statement is established.

### **AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc. .... 943**

Intellectual property — Patents — Medicines — Validity — Pharmaceutical patent invalidated for want of utility on basis of promise of patent doctrine — Whether doctrine is correct approach to determine whether invention has sufficient utility under s. 2 of Patent Act — Whether drug for which pharmaceutical patent was granted is “useful” within meaning of s. 2 of Patent Act at filing date — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 2 “invention”.

### **R. v. Alex ..... 967**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Certificate of analysis for breath test results — Accused charged with driving with blood-alcohol level over legal limit — Statutory scheme providing for evidentiary shortcuts which permit Crown to establish, at trial, accused’s blood-alcohol concentration at time of offence by filing certificate recording accused’s breath readings, subject to certain preconditions — Whether phrase “pursuant to a demand made under subsection 254(3)” of Criminal Code means demand for breath sample made by police must be lawful for evidentiary shortcuts to apply — Whether previous Court ruling which found that requirement of reasonable grounds to demand breath sample was not

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xxiii
Table de la jurisprudence .....	xliii
Lois et règlements cités.....	lxiii
Doctrine et autres documents cités .....	lxv
Index .....	1137

### **R. c. Bradshaw ..... 865**

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Exception raisonnée à la règle du ouï-dire — Déclaration relatée d’un co-accusé admise en preuve par le juge du procès — Dans quelles circonstances un juge du procès peut-il se fonder sur une preuve corroborante pour conclure que le seuil de fiabilité d’une déclaration relatée est établi?

### **AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc. .... 943**

Propriété intellectuelle — Brevets — Médicaments — Validité — Brevet pharmaceutique invalidé pour absence d’utilité sur le fondement de la doctrine de la promesse du brevet — La doctrine est-elle l’approche qu’il convient d’appliquer pour déterminer, comme l’exige l’art. 2 de la Loi sur les brevets, si une invention est suffisamment utile? — Le médicament pour lequel le brevet a été accordé était-il « utile » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 2 de la Loi sur les brevets à la date de dépôt? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, c. P-4, art. 2 « invention ».

### **R. c. Alex ..... 967**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Certificat attestant les résultats de l’analyse d’échantillons d’haleine — Accusation de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Régime législatif prévoyant des raccourcis en matière de preuve qui, à certaines conditions, permettent au ministère public d’établir au procès, par le dépôt d’un certificat attestant les résultats de l’analyse des échantillons d’haleine recueillis, l’alcoolémie de l’accusé au moment où il aurait commis l’infraction — L’énoncé « conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3) » du Code criminel a-t-il pour effet de subordonner l’application des raccourcis en matière de preuve à la légalité de l’ordre du policier

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

precondition to operation of shortcuts remains good law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (g).

### **R. v. George ..... 1021**

Criminal law — Defences — Mistake of age — Appeals — Jurisdiction of Court of Appeal — Verdict of acquittal — Accused charged with sexual offences against youth — Availability of mistake of age defence limited by requirement that accused took all reasonable steps to ascertain complainant's age — Whether trial judge made legal errors in reasonable steps analysis — If so, whether errors were sufficiently material to justify appellate intervention — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 150.1(4).

### **Wilson v. Alharayeri ..... 1037**

Commercial law — Corporations — Oppression — Remedy — Criteria governing imposition of personal liability on corporate directors — Corporation's board refusing conversion of preferred shares held by former director before issuing private placement of convertible secured notes, thereby diluting former director's portfolio — Discussions resulting in refusal being led at board level by director who subsequently had his preferred shares converted so as to benefit from private placement by increasing his control over corporation — Whether trial judge appropriately exercised statutory remedial powers by holding corporate directors personally liable for oppression — Whether pleadings sufficient to ground imposition of personal liability — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 241(3).

### **Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc. .... 1069**

Constitutional law — Inuit — Treaty rights — Crown — Duty to consult — Decision by federal independent regulatory agency which could impact upon treaty rights — Offshore seismic testing for oil and gas resources potentially affecting Inuit treaty rights — National Energy Board authorizing project — Whether Board's approval process triggered Crown's duty to consult — Whether

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de fournir un échantillon d'haleine? — La décision antérieure de la Cour selon laquelle l'existence de motifs raisonnables de donner cet ordre ne conditionne pas l'application des raccourcis est-elle toujours valable? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 258(1)c), g).

### **R. c. George ..... 1021**

Droit criminel — Moyens de défense — Erreur sur l'âge — Appels — Compétence de la Cour d'appel — Verdict d'acquittal — Accusée inculpée d'infractions sexuelles contre un jeune — Ouverture de la défense d'erreur sur l'âge limitée par l'obligation faite aux accusés de démontrer qu'ils ont pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge des plaignants — Le juge du procès a-t-il commis des erreurs de droit lors de son analyse des mesures raisonnables? — Dans l'affirmative, ces erreurs étaient-elles suffisamment importantes pour justifier l'intervention de la Cour d'appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1(4).

### **Wilson c. Alharayeri ..... 1037**

Droit commercial — Sociétés par actions — Abus — Réparation — Critères régissant l'imposition d'une responsabilité personnelle à des administrateurs d'une société — Refus du conseil d'administration de la société de permettre la conversion des actions privilégiées détenues par un ancien administrateur avant de procéder à un placement privé de billets garantis convertibles, diluant ainsi le portefeuille de l'ancien administrateur — Discussions au conseil d'administration ayant donné lieu au refus dirigées par un administrateur dont les actions privilégiées ont par la suite été converties de sorte qu'il puisse retirer un bénéfice personnel du placement privé en augmentant son contrôle sur la société — Le juge du procès a-t-il correctement exercé les pouvoirs de réparation prévus dans la loi en concluant que les administrateurs de la société étaient personnellement responsables de l'abus? — Les actes de procédure étaient-ils suffisants pour justifier l'imposition d'une responsabilité personnelle? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 241(3).

### **Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc. .... 1069**

Droit constitutionnel — Inuits — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consultation — Décision d'un organisme de réglementation fédéral indépendant qui pourrait avoir une incidence sur des droits issus de traités — Essais sismiques extracôtiers liés aux ressources pétrolières et gazières et susceptibles d'avoir une incidence sur des droits issus de traités des Inuits —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Crown can rely on Board's process to fulfill its duty — Role of Board in considering Crown consultation before approval of project — Whether consultation was adequate in this case — Canada Oil and Gas Operations Act, R.S.C. 1985, c. O-7, s. 5(1)(b).

### **Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc. .... 1099**

Constitutional law — Aboriginal rights — Treaty rights — Crown — Duty to consult — Decision by federal independent regulatory agency which could impact Aboriginal and treaty rights — Pipeline crossing traditional territory of First Nation — National Energy Board approving modification of pipeline — Whether Board's contemplated decision on project's approval amounted to Crown conduct triggering duty to consult — Whether Crown consultation can be conducted through regulatory process — Role of regulatory tribunal when Crown not a party to regulatory process — Scope of duty to consult — Whether there was adequate notice to First Nation that Crown was relying on Board's process to fulfill its duty to consult — Whether Crown's consultation obligation fulfilled — Whether Board's written reasons were sufficient to satisfy Crown's obligation — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 58.

## SOMMAIRE (Fin)

Projet autorisé par l'Office national de l'énergie — Le processus d'approbation de l'Office a-t-il donné naissance à l'obligation de consulter de la Couronne? — La Couronne peut-elle s'en remettre au processus de l'Office pour satisfaire à son obligation? — Rôle de l'Office dans l'appréciation de la consultation incombant à la Couronne avant l'approbation d'un projet — La consultation a-t-elle été adéquate en l'espèce? — Loi sur les opérations pétrolières au Canada, L.R.C. 1985, c. O-7, art. 5(1)(b).

### **Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc. .... 1099**

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consultation — Décision d'un organisme de réglementation fédéral indépendant qui pourrait avoir une incidence sur des droits ancestraux et issus de traités — Pipeline traversant le territoire traditionnel d'une première nation — Approbation par l'Office national de l'énergie d'une modification du pipeline — La décision envisagée par l'Office relativement à l'approbation du projet peut-elle être considérée comme une mesure de la Couronne ayant donné naissance à l'obligation de consulter? — La consultation incombant à la Couronne peut-elle être menée dans le cadre d'un processus réglementaire? — Rôle d'un tribunal administratif lorsque la Couronne n'est pas partie au processus réglementaire — Étendue de l'obligation de consulter — La première nation a-t-elle été avisée adéquatement du fait que la Couronne s'en remettait au processus de l'Office pour satisfaire à son obligation de consulter? — La Couronne s'est-elle acquittée de son obligation de consulter? — Les motifs écrits de l'Office étaient-ils suffisants pour satisfaire à l'obligation de la Couronne? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 58.



**2017 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

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL  
JANICE CHENEY  
HARLEY D'AOÛT  
VALERIE DESJARLAIS  
ANNE DES ORMEAUX  
GENEVIÈVE DOMEY

ANDRÉ GOLDENBERG  
LEE ANN GORMAN  
KAREN LEVASSEUR  
STÉPHANIE MORIN  
JOANNE NORMAN  
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
RENÉE THÉRIAULT  
RENÉE MARIA TREMBLAY  
ANNA TURINOV

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

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes  
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER  
JULIE BOULANGER

MARIE RODRIGUE  
CLAIRE VALLÉE

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

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

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ  
MANON PLOUFFE

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

The Honourable CLÉMENT GASCON

The Honourable SUZANNE CÔTÉ

The Honourable RUSSELL BROWN

The Honourable MALCOLM ROWE



**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

L'honorable CLÉMENT GASCON

L'honorable SUZANNE CÔTÉ

L'honorable RUSSELL BROWN

L'honorable MALCOLM ROWE

## ERRATA

- [1997] 1 S.C.R., p. 291, para. 11, line 12 of the English and French versions. Read “p. 563” instead of “p. 587”.
- [2002] 1 S.C.R., p. 735, para. 43, line 2 of the French version. Read “sont codifiés” instead of “sont codifiée”.
- [2009] 1 S.C.R., p. 23, para. 37, line 19 of the English version. Read “GAAR” instead of “GARR”.
- [2016] 1 S.C.R., p. 673, para. 96, line 13 of the French version. Read “dont elles n’avaient” instead of “dont ils n’avaient”.
- [2016] 2 S.C.R., p. 645, para. 62, lines 3-6 of the English version. Read “although the enactments which together make up our Constitution were originally enacted or authorized by the Parliament of the United Kingdom” instead of “although each of the enactments which together make up our Constitution was originally enacted by the Parliament of the United Kingdom”.
- [2016] 2 S.C.R., p. 645, para. 62, lines 4-6 of the French version. Read “bien que les textes législatifs qui, ensemble, forment notre Constitution, aient été à l’origine adoptés ou autorisés par le Parlement du Royaume-Uni” instead of “bien que chacun des textes législatifs qui ensemble forment notre Constitution ait été à l’origine adopté par le Parlement du Royaume-Uni”.
- [1997] 1 R.C.S. p. 291, par. 11, ligne 12 des versions française et anglaise. Lire « p. 563 » au lieu de « p. 587 ».
- [2002] 1 R.C.S., p. 735, par. 43, ligne 2 de la version française. Lire « sont codifiés » au lieu de « sont codifiée ».
- [2009] 1 R.C.S., p. 23, par. 37, ligne 19 de la version anglaise. Lire « GAAR » au lieu de « GARR ».
- [2016] 1 R.C.S., p. 673, par. 96, ligne 13 de la version française. Lire « dont elles n’avaient » au lieu de « dont ils n’avaient ».
- [2016] 2 R.C.S., p. 645, par. 62, lignes 4-6 de la version française. Lire « bien que les textes législatifs qui, ensemble, forment notre Constitution, aient été à l’origine adoptés ou autorisés par le Parlement du Royaume-Uni » au lieu de « bien que chacun des textes législatifs qui ensemble forment notre Constitution ait été à l’origine adopté par le Parlement du Royaume-Uni ».
- [2016] 2 R.C.S., p. 645, par. 62, lignes 3-6 de la version anglaise. Lire « although the enactments which together make up our Constitution were originally enacted or authorized by the Parliament of the United Kingdom » au lieu de « although each of the enactments which together make up our Constitution was originally enacted by the Parliament of the United Kingdom ».

## MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to July 26, 2017 — 1<sup>er</sup> janvier au 26 juillet 2017)

- 100193 P.E.I. Inc. v. The Queen*, (F.C.), 37393, leave to appeal refused with costs, 1.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 1043325 Ontario Ltd. v. CSA Building Sciences Western Ltd.*, (B.C.), 37186, leave to appeal refused with costs, 19.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 1079268 Ontario Inc. v. GoodLife Fitness Centres Inc.*, (Ont.), 37482, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 3091-5177 Québec inc. c. Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard*, (Qc), 37421, leave to appeal granted with costs in the cause, 18.5.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- 6443923 Canada Inc. v. Khodabandeh*, (Ont.), 37223, leave to appeal refused, 16.3.17, autorisation d'appel refusée.
- 9119-4654 Québec Inc. c. Lague Cardinal*, (Qc), 37349, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.
- 9143-9059 Québec Inc. c. Ville de Granby*, (Qc), 37312, leave to appeal refused with costs, 23.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9229-0188 Québec inc. c. Directeur des poursuites criminelles et pénales*, (Qc) (Crim.), 37185, leave to appeal refused, 2.2.17, autorisation d'appel refusée.
- A.C. v. The Children's Aid Society of Ottawa*, (Ont.), 37380, leave to appeal refused with costs, 23.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Abi-Mansour v. Ontario College of Teachers*, (Ont.), 37455, leave to appeal refused with costs, 29.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Agostino v. Downe*, (F.C.), 37464, leave to appeal refused with costs, 25.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ahmed v. Winnipeg Police Service*, (Man.), 37187, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Al Boom Wooden Pallets Factory v. Jazz Forest Products (2004) LTD.*, (B.C.), 37146, leave to appeal refused with costs, 19.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alabi v. Citizenship and Immigration*, (F.C.), 37142, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Al-Ghamdi v. Peace Country Health Region*, (Alta.), 37503, leave to appeal refused with costs, 20.7.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Allstate Insurance Company of Canada v. Intact Insurance Co.*, (Ont.), 37206, leave to appeal refused with costs, 9.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Almacén v. The Queen*, (F.C.), 37386, leave to appeal refused with costs, 13.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Anderson v. Attorney General of Canada*, (Sask.), 37279, leave to appeal refused with costs, 23.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Anderson v. Minister of Justice*, (B.C.) (Crim.), 37293, leave to appeal refused, 6.4.17, autorisation d'appel refusée.

- Angelis v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37288, leave to appeal refused, 23.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Angleland Holdings Inc. v. Gregory N. Harney Law Corp.*, (B.C.), 37325, leave to appeal refused with costs, 20.7.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. AstraZeneca Canada Inc.*, (F.C.), 37478, leave to appeal refused with costs, 1.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Eli Lilly Canada Inc.*, (F.C.), 37368, leave to appeal refused with costs, 27.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Arcari v. Dawson*, (Ont.), 37326, leave to appeal refused with costs, 2.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Arslan v. Sekerbank T.A.S.*, (Sask.), 37196, leave to appeal refused with costs, 9.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Asfaha v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37324, leave to appeal refused, 23.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Assemblée nationale du Québec c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, (Qc), 37543, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.7.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Association of Professors of the University of Ottawa v. University of Ottawa*, (Ont.), 37348, leave to appeal refused with costs, 16.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Avondale Stores Ltd. v. Crombie Property Holdings Ltd.*, (Ont.), 37473, leave to appeal refused with costs, 1.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ayangma v. The Queen*, (P.E.I.) (Crim.), 37066, leave to appeal refused, 12.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Badamshin v. Option Consommateurs*, (Que.), 37521, leave to appeal refused, 6.7.17, autorisation d'appel refusée.
- Baharloo v. University of British Columbia*, (B.C.), 37200, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Baig v. Meridian Credit Union Ltd.*, (Ont.), 36974, leave to appeal refused with costs, 2.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Balla v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37321, leave to appeal refused, 30.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Barejo Holdings ULC v. The Queen*, (F.C.), 37425, leave to appeal refused with costs, 22.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bell v. Wigmore*, (B.C.), 37528, leave to appeal refused, 20.7.17, autorisation d'appel refusée.
- Bernard c. Hernandez*, (Qc), 37015, leave to appeal refused with costs, 29.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bernard v. Canada Revenue Agency*, (F.C.), 36834, leave to appeal refused with costs, 9.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Berthin v. Berthin*, (B.C.), 37338, leave to appeal refused, 9.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Binnersley v. BC SPCA*, (B.C.), 37440, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Bisson c. Lapointe*, (Qc), 37197, leave to appeal refused with costs, 26.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Blank v. Minister of Justice*, (F.C.), 37231, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Board of Regents of Victoria University v. GE Canada Real Estate Equity*, (Ont.), 37269, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused with costs, 9.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée avec dépens.
- Boiron Canada inc. c. Charles*, (Qc), 37366, leave to appeal refused, 4.5.17, autorisation d'appel refusée.

- Bonilla v. The Personal Insurance Company of Canada*, (Ont.), 37343, leave to appeal refused with costs, 23.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Borgfjord v. Boizard*, (B.C.), 37210, leave to appeal refused with costs, 9.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bouchard c. Labelle Marquis Inc.*, (Qc), 37281, leave to appeal refused with costs, 16.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Boudreault c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37427, leave to appeal granted, 25.5.17, autorisation d'appel accordée.
- BP v. Kaynes*, (Ont.), 36127, leave to appeal refused with costs, 19.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- British Columbia v. Philip Morris International Inc.*, (B.C.), 37524, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.7.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Brunet v. AXA Insurances Inc.*, (Que.), 37136, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Burns v. Homer Street Development Limited Partnership*, (B.C.), 37286, leave to appeal refused with costs, 15.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.K.Z v. Nova Scotia Minister of Community Services*, (N.S.), 37221, leave to appeal refused, 23.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37360, leave to appeal granted, 9.3.17, autorisation d'appel accordée.
- Canadian Human Rights Commission v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37208, leave to appeal granted, 30.3.17, autorisation d'appel accordée.
- Canadian International Petroleum Corp. v. Dover Investments Ltd.*, (Ont.), 37502, leave to appeal refused with costs, 15.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- CanMar Contracting Ltd. v. Labourers International Union of North America, Local 615*, (N.S.), 37156, leave to appeal refused with costs, 2.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Capilano Mobile Park v. Chiefs and Council of the Squamish Indian Band*, (B.C.), 37382, leave to appeal refused with costs, 27.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Caporal-Chef D.D. Royes c. La Reine*, (C.F.) (Crim.), 37054, leave to appeal refused, 2.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Carter v. Intact Insurance Co.*, (Ont.), 37435, leave to appeal refused with costs, 1.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Caswell v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37328, leave to appeal refused, 6.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Centre Hospitalier de l'Université de Montréal c. Association des médecins résidents de Montréal*, (Qc), 37359, leave to appeal refused with costs, 20.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Centres dentaires Lapointe inc. c. Commission des normes, de l'équité et de la santé et sécurité au travail*, (Qc), 37287, leave to appeal refused, 18.5.17, autorisation d'appel refusée.
- Chamoun c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37163, leave to appeal refused, 12.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Chandler c. Procureur général du Canada (représentant Les États-Unis d'Amérique)*, (Qc) (Crim.), 37169, leave to appeal refused, 2.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Chanmany v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37488, leave to appeal refused, 1.6.17, autorisation d'appel refusée.
- Charalambous v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37181, leave to appeal refused with costs, 19.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Charlebois c. Town of Riverview*, (N.-B.), 37132, leave to appeal refused with costs, 19.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Chaudry v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37265, leave to appeal refused, 26.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Chen v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, (Ont.), 37522, leave to appeal refused with costs, 29.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chen v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37439, leave to appeal refused, 27.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Chief John Ermineskin v. Canada*, (F.C.), 37277, leave to appeal refused with costs, 9.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chief John Ermineskin v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 37277, leave to appeal refused with costs, 22.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chief Liz Logan v. British Columbia Environmental Assessment Office*, (B.C.), 37449, leave to appeal refused with costs, 15.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chief Ronald Michel v. Attorney General of Canada*, (Sask.), 37485, leave to appeal refused, 22.6.17, autorisation d'appel refusée.
- Chief Steve Courtoreille v. Governor General in Council*, (F.C.), 37441, leave to appeal granted with costs in the cause, 18.5.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Chief Victor Buffalo v. Canada*, (F.C.), 37280, leave to appeal refused with costs, 9.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chief Victor Buffalo v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 37280, leave to appeal refused with costs, 22.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chuang v. Toyota Canada Inc.*, (Ont.), 37230, leave to appeal refused with costs, 30.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, (Que.), 37238, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.4.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Churchill v. Unifund Assurance Co.*, (N.L.), 37397, leave to appeal refused with costs, 20.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cinq-Mars c. Ville de Montréal*, (Qc), 37344, leave to appeal refused with costs, 16.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of Hamilton v. Saumur*, (Ont.), 37400, leave to appeal refused with costs, 4.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of St. John's v. Lynch*, (N.L.), 37204, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clark v. Pezzente*, (Alta.), 37472, leave to appeal refused with costs, 4.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail c. Corporation de gestion de la voie maritime du Saint-Laurent*, (Qc), 37239, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Committee for Monetary and Economic Reform v. The Queen*, (F.C.), 37431, leave to appeal refused with costs, 4.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Constellation Brands Inc. v. Pinnacle Estates Inc.*, (F.C.), 37424, leave to appeal refused with costs, 27.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Thunder Bay v. Poplar Point First Nation Development Corp.*, (Ont.), 37445, leave to appeal refused with costs, 4.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cotter v. Point Grey Golf and Country Club*, (B.C.), 37215, leave to appeal refused with costs, 26.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Cowichan Valley Regional District v. Cobble Hill Holdings Ltd.*, (B.C.), 37373, leave to appeal refused with costs, 15.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- D.M. v. Director, Child and Family Services Authority*, (Alta.), 37392, leave to appeal refused, 23.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Davies v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Alta.) (Crim.), 37430, notice of discontinuance filed, 31.5.17, avis de désistement produit.
- Day v. 407 ETR Concession Co.*, (Ont.), 37317, leave to appeal refused, 27.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, (F.C.), 37276, leave to appeal granted, 23.2.17, autorisation d'appel accordée.
- Dépanneurs Mac's c. Procureur général du Canada*, (Qc), 36773, leave to appeal refused with costs, 2.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Diallo c. Compagnie Nationale Royal Air Maroc*, (Ont.), 37354, leave to appeal refused, 6.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Dick v. Insurance Corp. of British Columbia*, (B.C.), 37358, leave to appeal refused with costs, 13.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dill Sr. v. Kriegman*, (Man.), 37470, leave to appeal refused with costs, 25.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dioguardi Tax Law v. Law Society of Upper Canada*, (Ont.), 37222, leave to appeal refused with costs, 23.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Djuracic v. Minister of Justice*, (B.C.) (Crim.), 37294, leave to appeal refused, 6.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Dove v. The Queen*, (F.C.), 37487, leave to appeal refused, 1.6.17, autorisation d'appel refusée.
- Dugas v. Gaudet*, (N.B.), 37198, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dupuis c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37355, leave to appeal refused, 9.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Dupuy c. Leblanc*, (Qc), 37226, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Duval c. La Capitale assurances générales inc.*, (Qc), 37068, leave to appeal refused, 12.1.17, autorisation d'appel refusée.
- E.D. c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 37335, leave to appeal refused, 27.4.17, autorisation d'appel refusée.
- E.R.C. v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 37220, leave to appeal refused, 12.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Elgasuani v. Corporation of the Municipality of Port Hope*, (Ont.), 37262, leave to appeal refused with costs, 9.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- El-Helou v. Courts Administration Service*, (F.C.), 37384, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused with costs, 13.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée avec dépens.
- Ellis v. Denman Island Local Trust Committee*, (B.C.), 37457, leave to appeal refused with costs, 20.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Elmgreen v. Evans*, (Ont.), 37442, leave to appeal refused with costs, 13.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Eng v. Fortune Venture Enterprises Ltd.*, (B.C.), 37535, leave to appeal refused with costs, 29.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Entes Industrial Plants Construction & Erection Contracting Co. v. Kyrgyz Republic*, (Ont.), 37460, leave to appeal refused with costs, 15.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Érablière la Grande Coulée 1998 inc. c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, (Qc), 37213, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Ewert v. Correctional Service of Canada*, (F.C.), 37233, leave to appeal granted, 9.3.17, autorisation d'appel accordée.
- Fabrikant v. The Queen*, (F.C.), 37388, leave to appeal refused, 30.3.17, autorisation d'appel refusée.
- FCA Canada Inc. v. Fishman Flanz Meland Paquin LLP*, (Ont.), 37319, leave to appeal refused with costs, 16.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fer & Métaux Américains S.E.C. c. Société Electrolux Canada*, (Qc), 37362, leave to appeal refused with costs, 16.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ferguson v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37311, leave to appeal refused, 23.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Fernandes v. Peel Educational & Tutorial Services Ltd.*, (Ont.), 37180, leave to appeal refused with costs, 23.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- G.S. v. L.S.*, (B.C.), 37263, leave to appeal refused with costs, 26.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gagné c. Noël et Associés*, (Qc), 37346, leave to appeal refused with costs, 16.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gagnon c. Bell Mobilité Inc.*, (Qc), 37303, leave to appeal refused with costs, 6.7.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gardezi v. Canadian Union of Public Employees, Local 3495*, (B.C.), 37419, leave to appeal refused with costs, 13.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gariepy v. The Queen*, (F.C.), 37299, leave to appeal refused with costs, 30.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gauthier c. Huard*, (Qc), 37475, leave to appeal refused, 25.5.17, autorisation d'appel refusée.
- Gendreau v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37234, leave to appeal refused, 12.1.17, autorisation d'appel refusée.
- General Motors Co. v. Addison Chevrolet Buick GMC Ltd.*, (Ont.), 37115, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gennai v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 37525, leave to appeal refused with costs, 13.7.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- George v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37182, leave to appeal refused, 19.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Gill v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37532, notice of discontinuance filed, 20.7.17, avis de désistement produit.
- Giroux v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37402, leave to appeal refused with costs, 18.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Goertz v. Condominium Corp. No. 311443*, (Alta.), 37399, leave to appeal refused with costs, 27.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gogan v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 37296, leave to appeal refused, 2.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Gonzalez v. Gonzalez*, (B.C.), 37285, leave to appeal refused with costs, 2.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gonzalez v. Waypoint Centre for Mental Health Care*, (Ont.) (Crim.), 37517, leave to appeal refused, 29.6.17, autorisation d'appel refusée.
- Gonzalez v. Workers' Compensation Board (Worksafe) of British Columbia*, (B.C.), 37353, leave to appeal refused, 23.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Gordon v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 37254, leave to appeal refused with costs, 16.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gouin c. Bergeron*, (Qc), 37483, leave to appeal refused with costs, 25.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gowdy v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37454, leave to appeal refused, 20.7.17, autorisation d'appel refusée.



- Granby Multi-Sports c. Lefebvre*, (Qc), 37302, leave to appeal refused with costs, 23.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grand Palladium Vallarta Resort & Spa v. Toews*, (Alta.), 37450, leave to appeal refused with costs, 18.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grant v. Equifax Canada Co.*, (Ont.), 37327, leave to appeal refused with costs, 23.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Green v. Woloshyn*, (Man.), 37407, leave to appeal refused with costs, 6.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grenier c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, (Qc), 37211, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Groia v. Law Society of Upper Canada*, (Ont.), 37112, leave to appeal granted, 2.2.17, autorisation d'appel accordée.
- Grondin c. Nadeau*, (Qc), 36924, leave to appeal refused with costs, 2.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gubbins v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37395, leave to appeal granted, 4.5.17, autorisation d'appel accordée.
- Guenter v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37224, leave to appeal refused, 19.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Gutiérrez v. Xela Enterprises Ltd.*, (Ont.), 37171, leave to appeal refused with costs, 23.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- H.R.C. Tool & Die Mfg. Ltd. v. Naderi*, (Alta.), 37374, leave to appeal refused with costs, 6.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Haaretz.com v. Goldhar*, (Ont.), 37202, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.3.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- HannStar Display Corp. v. Fanshawe College of Applied Arts and Techonology*, (Ont.), 37244, notice of discontinuance filed, 20.6.17, avis de désistement produit.
- Hirschberg v. Branson Drug Store/North York General Hospital*, (Ont.), 37501, leave to appeal refused with costs, 15.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hirji v. Owners Strata Corp. Plan VR 44*, (B.C.), 37420, leave to appeal refused with costs, 27.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hojjatian v. Intact Insurance Co.*, (Ont.), 37444, leave to appeal refused with costs, 27.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hok v. Grande Prairie's Crown Prosecutors Office of: Steven Hinkley, Brenda Scragg, Jasmine Sihra, S.W. Davis*, (Alta.), 37446, leave to appeal refused, 20.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Holley v. Nortel Networks Corp.*, (Ont.), 37562, leave to appeal refused, 20.7.17, autorisation d'appel refusée.
- Hood v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37307, leave to appeal refused with costs, 16.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hrabovskyy v. The Queen*, (F.C.), 37282, leave to appeal refused, 9.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Hrabovskyy v. The Queen*, (F.C.), 37283, leave to appeal refused, 9.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Ible v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37432, leave to appeal refused, 20.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Ivancic v. Palkowski*, (Ont.), 37356, leave to appeal refused, 27.4.17, autorisation d'appel refusée.
- J.T. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37531, leave to appeal refused, 20.7.17, autorisation d'appel refusée.
- Jalloh v. Insurance Council of British Columbia*, (B.C.), 37456, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Janssen Inc. v. Hospira Healthcare Corp.*, (F.C.), 37342, leave to appeal refused with costs, 22.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Jasmin c. Société des alcools du Québec*, (Qc), 37110, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jean c. Procureure générale du Québec*, (Qc) (Crim.), 37415, leave to appeal refused, 18.5.17, autorisation d'appel refusée.
- Jensen Building Ltd. v. P.M. Snelgrove General Contractors & Engineers Ltd.*, (Ont.), 37309, leave to appeal refused with costs, 20.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jian v. Zhang*, (Que.), 37412, leave to appeal refused, 20.4.17, autorisation d'appel refusée.
- John v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37486, leave to appeal refused, 15.6.17, autorisation d'appel refusée.
- Johnson v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37148, leave to appeal refused, 19.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Jordan v. Director of Civil Forfeiture*, (B.C.), 37203, leave to appeal refused with costs, 23.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Judicial Committee of the Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses v. Wall*, (Alta.), 37273, leave to appeal granted with costs in the cause, 13.4.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Kakoutis v. Rishi*, (Ont.), 37409, leave to appeal refused with costs, 27.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Keay v. The Queen*, (F.C.), 37458, leave to appeal refused with costs, 18.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Keizer v. Attorney General of Ontario*, (Ont.) (Crim.), 37212, leave to appeal refused, 12.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Kermani v. Hung-Fung-Yuen Products Corp.*, (Ont.), 37291, leave to appeal refused, 6.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Kilpatrick v. Canadian Natural Resources Ltd.*, (Alta.), 37329, leave to appeal refused with costs, 16.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Knelsen Sand and Gravel Ltd. v. Houle*, (Alta.), 37261, leave to appeal refused with costs, 9.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kraljevic v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37406, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Kucher v. Brown*, (B.C.), 37191, leave to appeal refused, 16.2.17, autorisation d'appel refusée.
- L.C. c. Directrice de la protection de la jeunesse pour les centres jeunesse de l'Outaouais*, (Qc), 37267, leave to appeal refused, 23.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Lafarge Canada Inc. c. Bérubé*, (Qc), 37149, leave to appeal refused with costs, 13.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lam v. The Queen*, (Ont.), 37389, leave to appeal refused, 20.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Lamontagne c. Bureau du surintendant des institutions financières Canada*, (Qc), 37251, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Larochelle c. Paquet*, (Qc), 37541, leave to appeal refused with costs, 20.7.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lavallée c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37357, leave to appeal refused, 9.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Lavigne v. Canadian Human Rights Commission*, (F.C.), 36811, leave to appeal refused with costs, 19.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Law Society of British Columbia v. Trinity Western University* (B.C.), 37318, leave to appeal granted with costs in the cause, 23.2.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Lawrence Wong (Barrister and Solicitor) v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 37275, leave to appeal refused with costs, 23.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- LeBouthillier c. J.M. Bastille inc.*, (N.-B.), 37350, leave to appeal refused with costs, 30.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Legebokoff v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37313, leave to appeal refused, 16.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Leo-Progress Enterprises Inc. v. Mariner Foods Ltd.*, (Ont.), 37451, leave to appeal refused with costs, 6.7.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lepage c. FTQ-Construction*, (Qc), 37271, leave to appeal refused with costs, 20.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Levant v. Awan*, (Ont.), 37453, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lévesque c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37151, leave to appeal refused, 2.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Lin v. ICBC Vancouver Head Office*, (Ont.), 37371, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Lin v. SpringBoard*, (Ont.), 37332, leave to appeal refused, 23.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Lin v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37512, leave to appeal refused, 29.6.17, autorisation d'appel refusée.
- Lin v. Zhang*, (Ont.), 37377, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Loayza-Penalosa v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37379, leave to appeal refused, 23.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Lupien c. Aumont*, (Qc), 37496, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lysons v. Alberta Land Surveyors' Association*, (Alta.), 37520, leave to appeal refused with costs, 20.7.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M.M. c. E.L.*, (Qc), 37166, leave to appeal refused, 26.1.17, autorisation d'appel refusée.
- MacRae v. City of Calgary Police Service*, (Alta.), 37378, leave to appeal refused with costs, 6.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Majebi v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 37437, leave to appeal refused, 1.6.17, autorisation d'appel refusée.
- Mallett v. McCaskill*, (Man.), 37385, leave to appeal refused with costs, 30.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mansuy c. A.A.*, (Qc), 37051, leave to appeal refused, 23.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Mask v. Silvercorp Metals Inc.*, (Ont.), 37260, notice of discontinuance filed, 17.1.17, avis de désistement produit.
- Mbachu v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37361, leave to appeal refused, 6.4.17, autorisation d'appel refusée.
- McCallum v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 37236, leave to appeal refused, 19.1.17, autorisation d'appel refusée.
- McDonald v. Brookfield Asset Management Inc.*, (Alta.), 37438, leave to appeal refused with costs, 1.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McKay v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37315, leave to appeal refused, 18.4.17, autorisation d'appel refusée.
- McLean v. Law Society of British Columbia*, (B.C.), 37306, leave to appeal refused with costs, 9.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McLennan v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37334, leave to appeal refused, 23.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Mehan v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37490, leave to appeal refused, 15.6.17, autorisation d'appel refusée.
- Melissa Merritt v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37266, leave to appeal refused, 19.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Melrose v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37363, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Millen v. Manitoba Hydro-Electric Board*, (Man.), 37164, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Millington v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37235, leave to appeal granted, 18.5.17, autorisation d'appel accordée.
- Misra v. City of Toronto*, (Ont.), 37240, leave to appeal refused, 2.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Monias v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 37414, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Montgomery v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37305, leave to appeal refused, 9.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Muller v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 37365, leave to appeal refused with costs, 6.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mullins v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37426, leave to appeal refused, 23.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Municipal Corporation of the County of Bruce v. Campbell*, (Ont.), 37141, leave to appeal refused with costs, 16.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- N.F. c. Ministère de la solidarité sociale*, (Qc), 37292, leave to appeal refused with costs, 16.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nassr v. Vermette*, (Ont.), 37232, leave to appeal refused with costs, 9.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nassr v. Vermette*, (Ont.), 37308, leave to appeal refused with costs, 9.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nature's Finest Produce Ltd. v. R & G Draper Farms (Keswick) Ltd.*, (Ont.), 37189, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Naydenov c. Commission des relations du travail*, (Qc), 37370, leave to appeal refused with costs, 1.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nenasheff v. Minister of Justice*, (B.C.) (Crim.), 37295, leave to appeal refused, 6.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Nortel Networks Inc. v. Board of the Pension Protection Fund and Nortel Networks U.K. Pension Trust Ltd.*, (Ont.), 37117, notice of discontinuance filed, 8.5.17, avis de désistement produit.
- Nova Chemicals Corp. v. Dow Chemical Co.*, (F.C.), 37274, leave to appeal refused with costs, 20.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nowack v. 2363523 Ontario Inc.*, (Ont.), 37376, leave to appeal refused with costs, 1.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Obazee c. Ministre de la Justice du Canada*, (Qc) (Crim.), 37336, leave to appeal refused, 9.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Ocean Choice International LP v. Landvis Canada Inc.*, (N.L.), 37219, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Office of the Children's Lawyer v. Balev*, (Ont.), 37250, leave to appeal granted with costs in the cause, 27.4.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Oland v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 36986, leave to appeal refused and leave to cross-appeal refused, 13.7.17, autorisation d'appel refusée et autorisation d'appel incident refusée.
- Olumide v. Conservative Party of Canada*, (Ont.), 37246, leave to appeal refused, 27.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Ontario Electricity Financial Corp. v. Iroquois Falls Power Corp.*, (Ont.), 37083, leave to appeal refused with costs, 19.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ontario Refrigeration and Air Conditioning Contractors Association v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 787*, (Ont.), 37179, leave to appeal refused with costs, 9.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ontario v. Walters*, (Ont.), 37500, leave to appeal refused with costs, 1.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Onyskiw v. CJM Property Management Ltd.*, (Ont.), 37192, leave to appeal refused, 23.2.17, autorisation d'appel refusée.

- Ordre des optométristes du Québec c. Coastal Contacts Inc.*, (Qc), 37135, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Orsini v. Canada Revenue Agency*, (Que.), 37364, leave to appeal refused with costs, 30.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ottawa Police Service v. Jacobs*, (Ont.), 37123, leave to appeal refused, 12.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Oudin v. Centre francophone de Toronto Inc.*, (Ont.), 37205, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- P.M.F. v. S.H.F.N.*, (B.C.), 37129, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Palazzo v. Standard Life Assurance Company of Canada*, (Que.), 37268, leave to appeal refused with costs, 16.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Parrett v. Parrett*, (B.C.), 37038, leave to appeal refused with costs, 19.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paryniuk v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37471, leave to appeal refused, 15.6.17, autorisation d'appel refusée.
- Patenaude c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 37264, leave to appeal refused, 26.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Patenaude c. R. Racicot Ltée*, (Qc), 37018, leave to appeal refused, 12.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Patrick v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37514, leave to appeal oral hearing ordered, 15.6.17, autorisation d'appel audience ordonnée.
- Paxton v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37474, leave to appeal refused, 25.5.17, autorisation d'appel refusée.
- Pépin c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37390, leave to appeal refused, 6.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Pierce v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 37530, leave to appeal refused, 29.6.17, autorisation d'appel refusée.
- Piikani Nation v. Kostic*, (Alta.), 37516, leave to appeal refused with costs, 29.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Placid Inc. v. Seven Oaks General Hospital*, (Man.), 37558, leave to appeal refused, 6.7.17, autorisation d'appel refusée.
- Pourslo International Development Inc. v. Saint-Amour*, (Que.), 37113, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureure générale du Québec c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, (Qc), 37347, leave to appeal granted with costs in the cause and leave to cross-appeal granted with costs in the cause, 27.4.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause et autorisation d'appel incident accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Professional Institute of the Public Service of Canada v. The Queen*, (Ont.), 37253, leave to appeal refused with costs, 16.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurance générale c. Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard*, (Qc), 37422, leave to appeal granted with costs in the cause, 18.5.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Prophet River First Nation v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37495, leave to appeal refused with costs, 29.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Prophet River First Nation v. Minister of the Environment*, (B.C.), 37510, leave to appeal refused with costs, 29.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. c. Awashish*, (Qc) (Crim.), 37207, leave to appeal granted, 9.3.17, autorisation d'appel accordée.
- R. c. Colangelo*, (Qc) (Crim.), 37515, leave to appeal refused, 6.7.17, autorisation d'appel refusée.

- R. v. Comeau*, (N.B.), 37398, leave to appeal granted with costs, 4.5.17, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- R. v. Derbyshire*, (N.S.) (Crim.), 37337, leave to appeal refused, 30.3.17, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Graham*, (Qc) (Crim.), 37114, leave to appeal refused, 12.1.17, autorisation d'appel refusée.
- R. v. J.F.R.*, (Alta.) (Crim.), 37375, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.
- R. v. M.W.*, (Ont.) (Crim.), 37480, leave to appeal refused, 15.6.17, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Manasseri*, (Ont.) (Crim.), 37322, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Mock*, (Alta.) (Crim.), 37331, leave to appeal refused, 18.5.17, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Nelson*, (Sask.) (Crim.), 37304, leave to appeal refused, 2.3.17, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Rogers*, (Sask.) (Crim.), 37249, leave to appeal refused, 20.4.17, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Shivrattan*, (Ont.) (Crim.), 37491, leave to appeal refused, 20.7.17, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Worme*, (Alta.) (Crim.), 37173, leave to appeal refused, 19.1.17, autorisation d'appel refusée.
- R. c. X*, (Qc), 37577, notice of discontinuance filed, 23.5.17, avis de désistement produit.
- R.G. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37297, leave to appeal refused, 23.3.17, autorisation d'appel refusée.
- R.K. v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 37383, leave to appeal refused, 27.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Raincoast Conservation Foundation v. The Queen*, (F.C.), 37201, leave to appeal refused with costs, 9.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rana v. Ontario (Ministry of Training Colleges and Universities Student Support Branch)*, (Ont.), 37252, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rankin v. J.J.*, (Ont.) (Crim.), 37323, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.3.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Raymond c. Directrice des poursuites criminelles et pénales*, (Qc) (Crim.), 37278, leave to appeal refused, 26.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Raymond Kuate Konga v. Toronto-Dominion Bank*, (Ont.), 37481, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Raymond Seipp v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37513, leave to appeal granted, 8.6.17, autorisation d'appel accordée.
- Reid v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37214, leave to appeal refused, 9.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Reilly v. Johnson and Junger Law Firm*, (Ont.), 37459, leave to appeal refused, 4.5.17, autorisation d'appel refusée.
- Robinson c. La Reine*, (B.C.) (Crim.), 37411, leave to appeal granted, 18.5.17, autorisation d'appel accordée.
- Rogers Communications c. Brière*, (Qc), 37301, leave to appeal refused with costs, 6.7.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. New Brunswick*, (N.B.), 37216, leave to appeal refused with costs, 26.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Roy c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, (Qc), 37290, leave to appeal refused with costs, 16.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Royal Insurance Company of Canada v. Michael Visocchi and Visco Engineering Inc.*, (Ont.), 37217, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Royer c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 37408, leave to appeal refused, 27.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Saciragic v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37505, leave to appeal refused, 13.7.17, autorisation d'appel refusée.

- Salehi v. Association of Professional Engineers of Ontario*, (Ont.), 37174, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Salomon c. Compagnie mutuelle d'assurance Wawanesa*, (Qc), 37352, leave to appeal refused with costs, 9.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Saskatchewan Government and General Employees Union v. Government of Saskatchewan*, (Sask.), 37080, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Saskatchewan Joint Board, Retail, Wholesale and Department Store Union v. Saskatoon Co-operative Association Ltd.*, (Sask.), 37257, leave to appeal refused, 27.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Saskatchewan v. Pederson*, (Sask.), 37369, leave to appeal refused with costs, 6.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schecter v. Sanzone*, (Ont.), 37245, leave to appeal refused with costs, 23.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schwartz Levitsky Feldman LLP v. Excalibur Special Opportunities LP*, (Ont.), 37436, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Segura Mosquera v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 37511, leave to appeal refused, 6.7.17, autorisation d'appel refusée.
- SEIU-West v. Cypress Regional Health Authority*, (Sask.), 37447, leave to appeal refused with costs, 1.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Shafia v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37387, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Shah v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Alta.) (Crim.), 37547, leave to appeal refused, 20.7.17, autorisation d'appel refusée.
- Shewchuk v. Richardson GMP Ltd.*, (Ont.), 37429, notice of discontinuance filed, 15.3.17, avis de désistement produit.
- Singh v. 1299400 Ontario Inc.*, (Ont.), 37046, leave to appeal refused, 12.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Sistem Mühendislik Insaat Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Kyrgyz Republic*, (Ont.), 37463, leave to appeal refused with costs, 15.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Slansky v. Kingsland Estates Ltd.*, (Ont.), 37175, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smith & Nephew Inc. v. Warner*, (Alta.), 37229, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smith v. Bjornsson*, (Man.), 37298, leave to appeal refused with costs, 23.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sodexo Canada Ltd. v. Hotel Employees & Restaurant Employees International Union, Local 779*, (N.L.), 37289, leave to appeal refused with costs, 9.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- St. John's Dockyard Ltd. v. City of St. John's*, (N.L.), 37539, leave to appeal refused with costs, 20.7.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- St-Amant c. Vadeboncoeur*, (Qc), 37134, leave to appeal refused, 26.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Stark v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37489, leave to appeal refused, 15.6.17, autorisation d'appel refusée.
- Starz v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37259, leave to appeal refused, 26.1.17, autorisation d'appel refusée.
- Ste-Marie c. Société de l'assurance automobile du Québec*, (Qc), 37452, leave to appeal refused, 4.5.17, autorisation d'appel refusée.
- Stewart v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 37270, leave to appeal refused, 2.2.17, autorisation d'appel refusée.

- Styles v. Alberta Investment Management Corp.*, (Alta.), 37465, leave to appeal refused with costs, 1.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sunduk v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Man.) (Crim.), 37256, leave to appeal refused, 23.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Suter v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37247, leave to appeal granted, 12.1.17, autorisation d'appel accordée.
- Syndicat des cols blancs de Gatineau inc. c. Ville de Gatineau*, (Qc), 37333, leave to appeal refused with costs, 9.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301) c. Biondi*, (Qc), 37088, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- T.N.R. v. W.P.R.*, (Alta.), 37341, leave to appeal refused with costs, 13.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tahoe Resources Inc. v. Garcia*, (B.C.), 37492, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Teti v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37330, leave to appeal refused with costs, 13.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, (F.C.), 37162, leave to appeal refused with costs, 19.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Natural and Sovran-on-the-land, flesh, blood and bone, North America Signatory Aeriokwa tence Kanienkehaika Indian man : Gregory-John : Bloom©, as created by the Creator (God) v. The Queen*, (F.C.), 37391, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Queen v. Veracity Capital Corp.*, (B.C.), 37467, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Thethi v. Manchanda*, (Ont.), 37405, leave to appeal refused with costs, 27.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Thompson v. Correctional Service Canada (Warden, Atlantic Institution)*, (N.B.), 37484, leave to appeal refused, 25.5.17, autorisation d'appel refusée.
- Thomson v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37351, leave to appeal refused, 30.3.17, autorisation d'appel refusée.
- Tilahun v. Ministry of Public Safety Canada*, (Ont.), 37448, leave to appeal refused, 27.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Tomandl v. Hill*, (Y.T.), 37154, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toronto-Dominion Bank v. Wise*, (Ont.), 37255, leave to appeal refused with costs, 26.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- TPG Technology Consulting Ltd. v. The Queen*, (F.C.), 37396, leave to appeal refused with costs, 20.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Transamerica Life Canada v. Fantl*, (Ont.), 37258, leave to appeal refused with costs, 23.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Transport Desgagnés Inc. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37401, leave to appeal refused with costs, 6.4.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tremblay c. Barber*, (Qc), 37193, leave to appeal refused with costs, 26.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tretsetsang v. Citizenship and Immigration*, (F.C.), 37178, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, (Ont.), 37209, leave to appeal granted with costs in the cause, 23.2.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.



- Trump Sr. v. Singh*, (Ont.), 37345, leave to appeal refused with costs, 9.3.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turner v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37468, leave to appeal refused with costs, 25.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Uber Canada Inc. v. Agence du revenu du Québec*, (Que.), 37248, leave to appeal refused with costs, 23.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- United Steel, Paper and Forestry, Rubber, Manufacturing, Energy, Allied Industrial and Service Workers International Union, USW Local 8782 v. U.S. Steel Canada Inc.*, (Ont.), 37284, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.3.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- United Steel, Paper and Forestry, Rubber, Manufacturing, Energy, Allied Industrial and Service Workers International Union, USW Local 8782 v. U.S. Steel Canada Inc.*, (Ont.), 37284, notice of discontinuance filed, 10.7.17, avis de désistement produit.
- Valard Construction Ltd. v. Bird Construction Co.*, (Alta.), 37272, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.3.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Vallentgoed v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37403, leave to appeal granted, 4.5.17, autorisation d'appel accordée.
- Ville de Lorraine c. 2646-8926 Québec inc.*, (Qc), 37381, leave to appeal granted with costs, 1.6.17, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Hydro-Québec*, (Qc), 37433, leave to appeal refused with costs, 8.6.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Lonardi*, (Qc), 37184, leave to appeal granted with costs in the cause, 2.2.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Volnyansky v. Regional Municipality of Peel*, (Ont.), 37462, leave to appeal refused, 4.5.17, autorisation d'appel refusée.
- W3 International Media Ltd. v. Animal Welfare International Inc.*, (B.C.), 37413, notice of discontinuance filed, 23.2.17, avis de désistement produit.
- Waldner v. Ante Matic*, (Man.), 37161, leave to appeal refused with costs, 19.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Walsh v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 37145, leave to appeal refused with costs, 12.1.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wang c. Policiers du poste Rouville*, (Qc), 37443, leave to appeal refused, 4.5.17, autorisation d'appel refusée.
- West Fraser Mills Ltd. v. Workers' Compensation Appeal Tribunal*, (B.C.), 37423, leave to appeal granted, 4.5.17, autorisation d'appel accordée.
- Whipple v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37241, leave to appeal refused, 2.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Whitfield c. Whitfield*, (Ont.), 37218, leave to appeal refused with costs, 2.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Widdifield v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37417, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.
- Wildlands League v. Lieutenant Governor in Council*, (Ont.), 37340, leave to appeal refused with costs, 4.5.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Willis v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 37428, leave to appeal refused, 4.5.17, autorisation d'appel refusée.
- Wilson v. Minister of Justice*, (B.C.) (Crim.), 37107, leave to appeal refused, 9.2.17, autorisation d'appel refusée.
- Winmill v. Canada (Minister of Justice)*, (F.C.) (Crim.), 37339, leave to appeal refused, 13.4.17, autorisation d'appel refusée.

*Wong v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America and Canada (Minister of Justice)*, (B.C.) (Crim.), 37497, leave to appeal refused, 20.7.17, autorisation d'appel refusée.

*Wong v. Grant Mitchell Law Corp.*, (Man.), 37227, leave to appeal refused with costs, 9.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Wong v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37367, leave to appeal granted, 30.3.17, autorisation d'appel accordée.

*Wookey v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37228, leave to appeal refused, 12.1.17, autorisation d'appel refusée.

*Yamba v. Attorney General for Canada on behalf of the Minister of Justice for Canada*, (B.C.), 37070, notice of discontinuance filed, 19.1.17, avis de désistement produit.

*Yeo v. The Queen*, (P.E.I.) (Crim.), 37523, leave to appeal refused, 6.7.17, autorisation d'appel refusée.

*Zoungrana c. Air Algérie*, (Qc), 37190, leave to appeal refused with costs, 16.2.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case).

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>E</b>	
Aitkens, R. v. ....	199	Elk Valley Coal Corp., Stewart v. ....	591
Alberta Energy Regulator, Ernst v. ....	3	Émond, Desjardins Financial Security Life Assurance Co. v. ....	358
Alex, R. v. ....	967	Enbridge Pipelines Inc., Chippewas of the Thames First Nation v. ....	1099
Alharayeri, Wilson v. ....	1037	Equustek Solutions Inc., Google Inc. v. ....	824
Allie, Ostiguy v. ....	402	Ernst v. Alberta Energy Regulator .....	3
Antic, R. v. ....	509	<b>F</b>	
Apotex Inc., AstraZeneca Canada Inc. v. ....	943	Facebook, Inc., Douez v. ....	751
AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc. ....	943	<b>G</b>	
Awer, R. v. ....	83	George, R. v. ....	1021
<b>B</b>		Godbout v. Pagé .....	283
B.C. Freedom of Information and Privacy Association v. British Columbia (Attorney General) ...	93	Google Inc. v. Equustek Solutions Inc. ....	824
Bédard, R. v. ....	89	Green v. Law Society of Manitoba .....	360
Bingley, R. v. ....	170	Guindon, Pellerin Savitz LLP v. ....	575
Bradshaw, R. v. ....	865	<b>H</b>	
British Columbia, Teal Cedar Products Ltd. v. ....	688	Hunt, R. v. ....	476
British Columbia (Attorney General), B.C. Freedom of Information and Privacy Association v. ....	93	<b>J</b>	
Brown, R. v. ....	166	Jodoin, Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. ....	478
<b>C</b>		Johns, Pinteau v. ....	470
Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc. ....	1099	<b>L</b>	
Clark, R. v. ....	86	Lajeunesse (Re) .....	473
Clifford, R. v. ....	164	Law Society of Manitoba, Green v. ....	360
Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc. ....	1069	<b>M</b>	
Cody, R. v. ....	659	Moorhead, Saadati v. ....	543
<b>D</b>		Mowatt, Nelson (City) v. ....	138
Desjardins Financial Security Life Assurance Co. v. Émond .....	358		
Douez v. Facebook, Inc. ....	751		

	PAGE		PAGE
<b>N</b>			
Natewayes, R. v. ....	91	R. v. Paterson .....	202
Nelson (City) v. Mowatt .....	138	R. v. Peers .....	196
		R. v. S.B. ....	248
		R. v. Savard .....	400
<b>O</b>			
Oland, R. v. ....	250	<b>S</b>	
Olotu, R. v. ....	168	S.B., R. v. ....	248
Ostiguy v. Allie .....	402	Saadati v. Moorhead .....	543
<b>P</b>			
Pagé, Godbout v. ....	283	Sabeau v. Portage La Prairie Mutual Insurance Co. ....	121
Paterson, R. v. ....	202	Savard, R. v. ....	400
Peers, R. v. ....	196	Stewart v. Elk Valley Coal Corp. ....	591
Pellerin Savitz LLP v. Guindon .....	575	<b>T</b>	
Petroleum Geo-Services Inc., Clyde River (Ham- let) v. ....	1069	Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia .....	688
Pintea v. Johns .....	470	<b>W</b>	
Portage La Prairie Mutual Insurance Co., Sabeau v. ....	121	Wilson v. Alharayeri .....	1037
<b>Q</b>			
Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecu- tions) v. Jodoin .....	478		
<b>R</b>			
R. v. Aitkens .....	199		
R. v. Alex .....	967		
R. v. Antic .....	509		
R. v. Awer .....	83		
R. v. Bédard .....	89		
R. v. Bingley .....	170		
R. v. Bradshaw .....	865		
R. v. Brown .....	166		
R. v. Clark .....	86		
R. v. Clifford .....	164		
R. v. Cody .....	659		
R. v. George .....	1021		
R. v. Hunt .....	476		
R. v. Natewayes .....	91		
R. v. Oland .....	250		
R. v. Olotu .....	168		

## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>E</b>	
Aitkens, R. c. ....	199	Elk Valley Coal Corp., Stewart c. ....	591
Alberta Energy Regulator, Ernst c. ....	3	Émond, Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance vie c. ....	358
Alex, R. c. ....	967	Equustek Solutions Inc., Google Inc. c. ....	824
Alharayeri, Wilson c. ....	1037	Ernst c. Alberta Energy Regulator .....	3
Allie, Ostiguy c. ....	402	<b>F</b>	
Antic, R. c. ....	509	Facebook, Inc., Douez c. ....	751
Apotex Inc., AstraZeneca Canada Inc. c. ....	943	<b>G</b>	
AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc. ....	943	George, R. c. ....	1021
Awer, R. c. ....	83	Godbout c. Pagé .....	283
<b>B</b>		Google Inc. c. Equustek Solutions Inc. ....	824
B.C. Freedom of Information and Privacy Association c. Colombie-Britannique (Procureur général) .....	93	Green c. Société du Barreau du Manitoba .....	360
Bédard, R. c. ....	89	Guindon, Pellerin Savitz s.e.n.c.r.l. c. ....	575
Bingley, R. c. ....	170	<b>H</b>	
Bradshaw, R. c. ....	865	Hunt, R. c. ....	476
Brown, R. c. ....	166	<b>J</b>	
<b>C</b>		Jodoin, Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. ....	478
Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc. ....	1099	Johns, Pinteau c. ....	470
Clark, R. c. ....	86	<b>L</b>	
Clifford, R. c. ....	164	Lajeunesse (Re) .....	473
Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc. ....	1069	<b>M</b>	
Cody, R. c. ....	659	Moorhead, Saadati c. ....	543
Colombie-Britannique, Teal Cedar Products Ltd. c. ....	688	Mowatt, Nelson (City) c. ....	138
Colombie-Britannique (Procureur général), B.C. Freedom of Information and Privacy Association c. ....	93	<b>N</b>	
<b>D</b>		Natewayes, R. c. ....	91
Desjardins Sécurité financière, compagnie d'assurance vie c. Émond .....	358	Nelson (City) c. Mowatt .....	138
Douez c. Facebook, Inc. ....	751		

	PAGE		PAGE
<b>O</b>		<b>S</b>	
Oland, R. c. ....	250	S.B., R. c. ....	248
Olotu, R. c. ....	168	Saadati c. Moorhead .....	543
Ostiguy c. Allie .....	402	Sabeau c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co. ....	121
<b>P</b>		Savard, R. c. ....	400
Pagé, Godbout c. ....	283	Société du Barreau du Manitoba, Green c. ....	360
Paterson, R. c. ....	202	Stewart c. Elk Valley Coal Corp. ....	591
Peers, R. c. ....	196	<b>T</b>	
Pellerin Savitz s.e.n.c.r.l. c. Guindon .....	575	Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie- Britannique .....	688
Petroleum Geo-Services Inc., Clyde River (Ha- meau) c. ....	1069	<b>W</b>	
Pintea c. Johns .....	470	Wilson c. Alharayeri .....	1037
Pipelines Enbridge inc., Chippewas of the Thames First Nation c. ....	1099		
Portage La Prairie Mutual Insurance Co., Sabeau c. ....	121		
<b>Q</b>			
Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin .....	478		
<b>R</b>			
R. c. Aitkens .....	199		
R. c. Alex .....	967		
R. c. Antic .....	509		
R. c. Awer .....	83		
R. c. Bédard .....	89		
R. c. Bingley .....	170		
R. c. Bradshaw .....	865		
R. c. Brown .....	166		
R. c. Clark .....	86		
R. c. Clifford .....	164		
R. c. Cody .....	659		
R. c. George .....	1021		
R. c. Hunt .....	476		
R. c. Natewayes .....	91		
R. c. Oland .....	250		
R. c. Olotu .....	168		
R. c. Paterson .....	202		
R. c. Peers .....	196		
R. c. S.B. ....	248		
R. c. Savard .....	400		

## TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
1711811 Ontario Ltd. v. Buckley Insurance Brokers Ltd. ....	2014 ONCA 125, 371 D.L.R. (4th) 643 .....	855
2082825 Ontario Inc. v. Platinum Wood Finishing Inc. ....	(2009), 96 O.R. (3d) 467 .....	1053
80 Wellesley St. East Ltd. v. Fundy Bay Builders Ltd. ....	[1972] 2 O.R. 280 .....	775
820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd. ....	(1991), 3 B.L.R. (2d) 113 .....	1051
<b>A</b>		
Acrow (Automation) Ltd. v. Rex Chainbelt Inc. ....	[1971] 1 W.L.R. 1676 .....	857
Adecco Canada Inc. v. J. Ward Broome Ltd. ....	(2001), 12 B.L.R. (3d) 275 .....	1054
ADGA Group Consultants Inc. v. Lane .....	(2008), 64 C.H.R.R. D/132 .....	641
Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd. ...	[1997] 1 N.Z.L.R. 186 .....	810
Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman .....	[1985] 1 S.C.R. 2 .....	842
Agnew v. Ontario Assn. of Architects .....	(1987), 64 O.R. (2d) 8 .....	33
Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) .....	2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 ....	338, 374
Akai Pty Ltd. v. People’s Insurance Co. ....	(1996), 188 C.L.R. 418 .....	810
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association .....	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 .....	374
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401 .....	2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733 .....	796
Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police .....	[1992] 1 A.C. 310 .....	557
Aldo Group Inc. v. Moneris Solutions Corp. ....	2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81 .....	773
Alkasabi v. Ontario .....	1994 CarswellOnt 3639 (WL Can.) .....	54
Alsop’s Patent (Re) .....	(1907), 24 R.P.C. 733 .....	957
Amos v. Insurance Corp. of British Columbia .....	[1995] 3 S.C.R. 405 .....	320
Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. ....	2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265 .....	950
Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd. ....	2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153 .....	955
Armoyan v. Armoyan .....	2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204 .....	770
Arruda v. Brière .....	2014 QCCQ 6882 .....	588
Assurance Automobile — 68 .....	[1997] C.A.S. 212 .....	317
AstraZeneca Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC .....	2012 FCA 109, 432 N.R. 292 .....	957
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board) ...	2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140 .....	379, 982
Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Texas .....	134 S.Ct. 568 (2013) .....	810
Attorney General v. Observer Ltd. ....	[1990] 1 A.C. 109 .....	860
Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway ...	[1906] A.C. 204 .....	161
Augustus v. Gosset .....	[1996] 3 S.C.R. 268 .....	567
Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp. Ltd. ....	(1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 .....	785

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>B</b>		
Babanaft International Co. S.A. v. Bassatne .....	[1990] 1 Ch. 13 .....	844
Badeaux v. Corp. intermunicipale de transport de la Rive-sud de Québec .....	[1986] J.Q. n° 473 (QL) .....	315
Bailey v. Fasken Martineau DuMoulin, s.r.l. ....	[2005] R.R.A. 842 .....	586
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	[1999] 2 S.C.R. 817 .....	384, 1092, 1126
BCE Inc. v. 1976 Debentureholders .....	2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560 .....	1045
Beaulieu v. Paquet .....	2016 QCCA 1284 .....	582
Beauséjour v. Centre de ski Le Relais .....	2015 QCCS 127 .....	440
Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation .....	2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103 .....	1083
Beecham v. Hughes .....	(1988), 27 B.C.L.R. (2d) 1 .....	558
Bélec v. Martin .....	2015 QCCQ 13838 .....	587
Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc. ....	[1996] 2 S.C.R. 345 .....	307
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex .....	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 .....	47, 105, 344, 980
Belley v. Tessier-Villeneuve .....	[1990] R.R.A. 959 .....	342
Belliveau v. Belliveau .....	2011 NSSC 397, 3 B.L.R. (5th) 87 .....	1053
Benhaim v. St-Germain .....	2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352 .....	582, 1064
Berkson v. Gogo LLC .....	97 F. Supp.3d 359 (2015) .....	807
Bernard v. Hernandez Sanchez .....	2014 QCCQ 5171 .....	588
Bernatchez v. Bergeron .....	[2000] AZ-00036682 .....	588
Bérocan inc. v. Masson .....	[1999] R.J.Q. 195 .....	586
Bertrand v. Veillet .....	2006 QCCQ 15374 .....	587
BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority .....	[1993] 1 S.C.R. 12 .....	778
Bhasin v. Hrynew .....	2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494 .....	775
Black Swan Gold Mines Ltd. v. Goldbelt Resources Ltd. ....	(1996), 78 B.C.A.C. 193 .....	721
Bloxam v. Elsee .....	(1827), 6 B. & C. 169, 108 E.R. 415 .....	958
Borowski v. Canada (Attorney General) .....	[1989] 1 S.C.R. 342 .....	261
Boudreau v. The King .....	[1949] S.C.R. 262 .....	214
Bourhill v. Young .....	[1943] A.C. 92 .....	561
Bradburn v. Great Western Railway Co. ....	(1874), L.R. 10 Ex. 1 .....	133
Bradley v. Groves .....	2010 BCCA 361, 326 D.L.R. (4th) 732 .....	551
Breton v. Fortin .....	2016 QCCS 6149 .....	440
Brisebois v. Chamberland .....	(1990), 1 O.R. (3d) 417 .....	152
Bristol-Myers Squibb Co. v. Apotex Inc. ....	2005 FC 1348, 45 C.P.R. (4th) 423 .....	957
British Columbia (Forests) v. Teal Cedar Products Ltd. ....	2013 SCC 51, [2013] 3 S.C.R. 301 .....	741
British Columbia Public Service Agency v. B.C.G.E.U. ....	2008 BCCA 357, 83 B.C.L.R. (4th) 299 .....	644
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU .....	[1999] 3 S.C.R. 3 .....	604, 618, 629
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights) .....	[1999] 3 S.C.R. 868 .....	620
British United Shoe Machinery Co. v. A. Fussell & Sons Ltd. ....	(1908), 25 R.P.C. 631 .....	962
Brodby v. Alberta (Director of Vital Statistics) .....	(1982), 142 D.L.R. (3d) 151 .....	47
Budd v. Gentra Inc. ....	(1998), 43 B.L.R. (2d) 27 .....	1042
Bureau v. Chapleau .....	2008 QCCQ 4709 .....	587
Burgsteden v. Long .....	2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562 .....	553



NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>C</b>		
C.S. v. Québec (Commission des affaires sociales) .....	[1996] AZ-51214610 .....	317
Cabana v. Valiquette .....	2013 QCCS 4710 .....	440
Cabana v. Valiquette .....	2015 QCCA 1520 .....	440
Canada v. Craig .....	2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489 .....	1001
Canada (Attorney General) v. Bedford .....	2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 ... 664, 1001	1001
Canada (Attorney General) v. Confédération des syndicats nationaux ...	2014 SCC 49, [2014] 2 S.C.R. 477 .....	301, 326
Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc. ....	2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720 .....	161
Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia .....	[1982] 2 S.C.R. 307 .....	391
Canada (Attorney General) v. Mavi .....	2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504 .....	384
Canada (Attorney General) v. McArthur .....	2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626 .....	29
Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society ...	2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134 .....	639
Canada (Attorney General) v. Slansky .....	2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81 .....	34, 55
Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc. ....	2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585 .....	29
Canada (Attorney General) v. Xuan .....	[1994] 2 F.C. 348 .....	337
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa .....	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 .....	729
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. ...	[1997] 1 S.C.R. 748 .....	714
Canada (Minister of Justice) v. Mirza .....	2009 ONCA 732, 248 C.C.C. (3d) 1 .....	533
Canada (Procureur général) v. Bisson .....	[1995] R.J.Q. 2409 .....	490
Canada Trustco Mortgage Co. v. Renard .....	2008 BCCA 343, 298 D.L.R. (4th) 216 .....	553
Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc. ....	2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 .....	222
Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada .....	2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657 .....	29
Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General) .....	2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135 .... 372, 717	372, 717
Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP .....	2013 SCC 39, [2013] 2 S.C.R. 649 .....	376
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn. ...	[1993] 3 S.C.R. 724 .....	740
Canadian Pacific Ltd. v. Gill .....	[1973] S.C.R. 654 .....	126
CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General) .....	[1999] 1 S.C.R. 743 .....	740
Canam Enterprises Inc. v. Coles .....	(2000), 51 O.R. (3d) 481 .....	489
Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute .....	499 U.S. 585 (1991) .....	810
Caron v. Gauthier .....	2011 QCCS 2898 .....	440
Carter v. Canada (Attorney General) .....	2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331 .....	642, 665
Cartier v. Nairn .....	2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150 .... 33	33
Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd. ....	[2014] EWHC 3354 (Ch.), [2015] 1 All E.R. 949 .....	851
Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd. ....	[2016] EWCA Civ 658, [2017] 1 All E.R. 700 .....	842
Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District) .....	2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 ... 373, 390, 729	373, 390, 729
Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission) ...	[1990] 2 S.C.R. 489 .....	619
Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud .....	[1992] 2 S.C.R. 970 .....	620
Chalifoux v. Québec (Commission des affaires sociales) .....	2003 CanLII 72168 .....	312
Chilton v. Co-Operators General Insurance Co. ....	(1997), 32 O.R. (3d) 161 .....	137
Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc. ...	2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96 .....	1085
Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc. ...	2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099 .....	1075
Clements v. Clements .....	2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181 .....	551
Club Resorts Ltd. v. Van Breda .....	2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572 .....	821
Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc. ....	2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069 .....	1104

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Commission des accidents de travail du Québec, Desfonds et Larocque v. Girard .....	(1988), 18 Q.A.C. 110 .....	342
Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin .....	[1994] 2 S.C.R. 525 .....	641
Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd. ....	[1981] 1 S.C.R. 504 .....	955
Cooper v. Hobart .....	2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537 ... 30, 43, 75, 562	
Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd. ...	[1998] A.C. 1 .....	859
Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens .....	2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605 .....	127
Cordero v. British Leyland Motors Canada Ltd. ....	[1980] C.S. 899 .....	342
Cox v. Aspen Veterinary Services Professional Corp. ....	2007 SKQB 270, 301 Sask. R. 1 .....	1053
Cox v. Fleming .....	(1995), 15 B.C.L.R. (3d) 201 .....	563
Craig v. Béton Chevalier inc. ....	2012 QCCS 2888 .....	466
Crevier v. Quebec (Attorney General) .....	[1981] 2 S.C.R. 220 .....	26
Crispin v. Registrar of the District Court .....	[1986] 2 N.Z.L.R. 246 .....	32
Croisetière v. Gélinas .....	[1977] C.A. 183 .....	450
Culligan v. Miller, J. ....	(1996), 178 N.B.R. (2d) 321 .....	382
Cunningham v. Wheeler .....	[1994] 1 S.C.R. 359 .....	134
<b>D</b>		
D.H. v. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2011 QCTAQ 4101, 2011 LNQCTAQ 110 (QL) .....	312
Dagg v. Canada (Minister of Finance) .....	[1997] 2 S.C.R. 403 .....	782
Dallaire v. Dallaire .....	2013 QCCS 1556 .....	582
Danylchuk v. Wolinsky .....	2007 MBCA 132, 225 Man. R. (2d) 2 .....	1053
Dastous v. Matthews-Wells Co. ....	[1950] S.C.R. 261 .....	1004
De Repentigny v. Fortin (Succession) .....	2012 QCCS 905 .....	440
Dehkissia v. Kaliaguine .....	2011 QCCA 84 .....	590
Delgamuukw v. British Columbia .....	[1997] 3 S.C.R. 1010 .....	161
Derby & Co. v. Weldon .....	[1990] 1 Ch. 48 .....	844
Derby & Co. v. Weldon (Nos. 3 and 4) .....	[1990] 1 Ch. 65 .....	844
Deschesnes v. Boucher .....	[1961] B.R. 771 .....	424
Desjardins & Legault CA inc. v. Serour .....	2016 QCCQ 3318 .....	587
Diggon-Hibben, Ltd. v. The King .....	[1949] S.C.R. 712 .....	742
Dion v. Ouellet-Latulippe .....	2008 QCCA 1812 .....	439
Dominion Atlantic Railway Co. v. Halifax and South Western Rail- way Co. ....	[1947] S.C.R. 107 .....	154
Donoghue v. Stevenson .....	[1932] A.C. 562 .....	562
Donohue v. Armco Inc. ....	[2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749 ... 772, 810	
Doré v. Barreau du Québec .....	2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 .....	495
Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario .....	(2001), 54 O.R. (3d) 161 .....	1057
Dulieu v. White & Sons .....	[1901] 2 K.B. 669 .....	556
Dunsmuir v. New Brunswick .....	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 ... 60, 372, 610, 619, 636, 727	
Dupont v. Saint-Arnaud .....	[1992] R.D.J. 88 .....	434
Dupuy v. Gauthier .....	2013 QCCA 774, [2013] R.J.Q. 662 ... 427, 460	
Dupuy v. Leblanc .....	2016 QCCA 1141 .....	582
Duwyn v. Kaprielian .....	55(1978), 22 O.R. (2d) 736 .....	564

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>E</b>		
Eaton v. Brant County Board of Education .....	[1997] 1 S.C.R. 241 .....	49
Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd. ....	[1973] A.C. 360 .....	1060
Economical Mutual Insurance Co. v. Lapalme .....	2010 NBCA 87, 366 N.B.R. (2d) 199 ....	125, 126
Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd. ....	2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293 .....	374
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General) .....	[1989] 2 S.C.R. 1326 .....	103
Edwards v. Law Society of Upper Canada .....	(2000), 48 O.R. (3d) 329 .....	32, 57
Edwards v. Law Society of Upper Canada .....	2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562 ...	30, 43, 74
Eli Lilly and Co. v. Canada .....	I.C.S.I.D. Case No. UNCT/14/2, March 16, 2017 .....	952
Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd. ....	2010 FCA 197, [2012] 1 F.C.R. 349 .....	956
Ell v. Alberta .....	2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857 .....	538
Elliott v. Woodstock Agricultural Society .....	2008 ONCA 648, 92 O.R. (3d) 711 .....	152
Endean v. British Columbia .....	2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162 .....	782
Ermina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	(1998), 167 D.L.R. (4th) 764 .....	33
Estate of John Wood v. Arius3D Corp. ....	2014 ONSC 3322 .....	1053
Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc. ....	2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241 .....	774
<b>F</b>		
F.C. v. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2008 QCTAQ 10851, 2008 CanLII 64282 ...	311
F.H. v. McDougall .....	2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41 .....	161
Fearn v. Canada Customs .....	2014 ABQB 114, 586 A.R. 23 .....	492
Fletcher v. Storoschuk .....	(1981), 35 O.R. (2d) 722 .....	152
Flett v. Maxwell .....	[1996] B.C.J. No. 1455 (QL) .....	563
Fourie v. Le Roux .....	[2007] UKHL 1, [2007] 1 All E.R. 1087 ...	850
Fraser, Milner, Casgrain v. Viau .....	[2001] AZ-50187880 .....	587
Fray v. Blackburn .....	(1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217 .....	33
Frazer v. Haukioja .....	2010 ONCA 249, 101 O.R. (3d) 528 .....	563
Free World Trust v. Électro Santé Inc. ....	2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024 .....	957
Frey v. BCE Inc. ....	2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156 ....	770, 805
<b>G</b>		
G.D. v. Centre de santé et des services sociaux A .....	2008 QCCA 663, [2008] R.J.D.T. 663 .....	352
G.P.P. v. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2004 CanLII 68602 .....	311
Gagnon v. Caron .....	2007 QCCQ 12736 .....	587
Gagnon v. Voyer .....	2008 QCCQ 10256 .....	587
Galganov v. Russell (Township) .....	2012 ONCA 410, 294 O.A.C. 13 .....	502
Garnett v. Ferrand .....	(1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576 .....	33
Gauthier v. Beaumont .....	[1998] 2 S.C.R. 3 .....	589
GC Capital Inc. v. Condominium Corp. No. 0614475 .....	2013 ABQB 300, 83 Alta. L.R. (5th) 1 ....	1053
Géoret inc. v. Garderie Morin inc. ....	[2000] AZ-50187544 .....	587
Gestion Immo-Concept inc. (Financière HFC) v. Martial Excavation inc. ....	2013 QCCS 1139 .....	587
Gignac v. Neufeld .....	(1999), 43 O.R. (3d) 741 .....	135
Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc. ....	(1997), 101 B.C.A.C. 62 .....	721
Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General) .....	2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185 ...	33, 73
Gorman v. Gorman .....	(1998), 110 O.A.C. 87 .....	152

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Gosselin v. Turner .....	2012 QCCS 388 .....	440
Gottlieb v. Adam .....	(1994), 21 O.R. (3d) 248 .....	1059
Gould v. Western Coal Corp. ....	2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19 .....	798
Graham v. MacMillan .....	2003 BCCA 90, 15 C.C.L.T. (3d) 155 .....	564
Granby (Ville) v. Gestion Rainville ltée .....	2011 QCCS 4259 .....	466
Gray v. Cotic .....	[1983] S.C.R. 2 .....	328
GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc. ....	2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401 ...	773, 797, 809
Greenshields v. The Queen .....	[1958] S.C.R. 216 .....	337
Groia v. Law Society of Upper Canada .....	2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1 .....	495
Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co. ....	[1915] 2 K.B. 536 .....	851
Guindon v. Canada .....	2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3 .....	47
<b>H</b>		
H.L. v. Canada (Attorney General) .....	2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401 .....	160
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) .....	2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 ...	1080, 1112
Hambrook v. Stokes Brothers .....	[1925] 1 K.B. 141 .....	556
Hamilton v. Open Window Bakery Ltd. ....	2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303 .....	501
Hamilton v. The King .....	(1917), 54 S.C.R. 331 .....	155
Handley v. Archibald .....	(1899), 30 S.C.R. 130 .....	155
Harper v. Canada (Attorney General) .....	2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827 .....	98
Harris v. Cité de Verdun .....	[1979] C.S. 690 .....	342
Hatmaker v. Joseph Nathan & Co. ....	(1919), 36 R.P.C. 231 .....	957
Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co. ....	2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230 .....	720
Hazel v. Ainsworth Engineered Corp. ....	2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155 .....	32
Healey v. Lakeridge Health Corp. ....	2011 ONCA 55, 103 O.R. (3d) 401 .....	563
Health Employers Assn. of British Columbia v. B.C.N.U. ....	2006 BCCA 57, 54 B.C.L.R. (4th) 113 .....	614
Henry v. British Columbia (Attorney General) .....	2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214 ...	23, 58, 72
Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co. ....	2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306 ...	179, 337, 717
Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board .....	2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129 .....	30
Hinse v. Canada (Attorney General) .....	2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621 .....	28, 76
Hinz v. Berry .....	[1970] 2 Q.B. 40 .....	562
Histed v. Law Society of Manitoba .....	2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74 .....	495
Hodkin v. Bigley .....	(1998), 20 R.P.R. (3d) 9 .....	152
Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of) ...	2001 SCC 90, [2001] 3 S.C.R. 907 .....	772
Honda Canada Inc. v. Keays .....	2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362 .....	643
Horne v. New Glasgow .....	[1954] 1 D.L.R. 832 .....	557
Housen v. Nikolaisen .....	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 ...	160, 571, 714
Hryniak v. Mauldin .....	2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87 .....	61
Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board .....	2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146 ...	770, 805
Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques profession- nelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP- FTQ) .....	2008 SCC 43, [2008] 2 S.C.R. 561 ...	604, 629

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>I</b>		
Ibrahim v. The King .....	[1914] A.C. 599 .....	214
Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. v. Transat Tours Canada Inc. ....	2007 SCC 20, [2007] 1 S.C.R. 867 .....	844
Incitec Ltd. v. Alkimos Shipping Corp. ....	[2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558 .....	774
Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp. ....	(2001), 20 B.L.R. (3d) 289 .....	798
Incorporated Broadcasters Ltd. v. CanWest Global Communications Corp. ....	2008 MBQB 296, 244 Man. R. (2d) 127 ...	1054
Insurance Corp. of British Columbia v. Patko .....	2008 BCCA 65, 290 D.L.R. (4th) 687 .....	552
Ironrod Investments Inc. v. Enquest Energy Services Corp. ....	2011 ONSC 308 .....	798
Irwin v. Alberta Veterinary Medical Association .....	2015 ABCA 396, 609 A.R. 299 .....	382
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General) .....	[1989] 1 S.C.R. 927 .....	68
<b>J</b>		
J. A. Pye (Oxford) Ltd. v. Graham .....	[2002] UKHL 30, [2003] 1 A.C. 419 .....	152
J.W. v. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	1998 LNQCTAQ 1230 (QL) .....	311
Jabel Image Concepts Inc. v. Minister of National Revenue .....	(2000), 257 N.R. 193 .....	338
John Austin & Sons Ltd. v. Smith .....	(1982), 35 O.R. (2d) 272 .....	152
John Deere Ltd. v. Firdale Farms Ltd. ....	(1987), 45 D.L.R. (4th) 641 .....	854
Joplin v. Chief Constable of the City of Vancouver .....	(1982), 144 D.L.R. (3d) 285 .....	397
<b>K</b>		
Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy) .....	2017 ABQB 107 .....	1092, 1126
Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia ...	[1980] 1 S.C.R. 1105 .....	397
Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care) ...	2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810 ....	373, 390
Keefer v. Arillotta .....	(1976), 13 O.R. (2d) 680 .....	152
Kelly v. Human Rights Commission (P.E.I.) .....	2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336 ...	775
Knight v. Indian Head School Division No. 19 .....	[1990] 1 S.C.R. 653 .....	383
Koerfer v. Davies .....	[1994] O.J. No. 1408 (QL) .....	564
Kotai v. "Queen of the North" (The) .....	2009 BCSC 1405, 70 C.C.L.T. (3d) 221 ....	564
Kounadis Perreault, s.e.n.c. v. Bois d'Or .....	2013 QCCQ 8359 .....	587
Kruse v. Johnson .....	[1898] 2 Q.B. 91 .....	387, 390
<b>L</b>		
Laboratoires Servier v. Apotex Inc. ....	2009 FCA 222, 392 N.R. 96 .....	957
Laferrière v. Canada (Attorney General) .....	2015 FC 612 .....	382
Langlois v. Dagenais .....	[1992] R.R.A. 489 .....	342
Lapalme v. Mareluc Ltée .....	[1983] C.S. 646 .....	342
Lapointe v. Vigneault .....	2009 QCCQ 2673 .....	588
Lapointe Rosenstein v. 172302 Canada inc. ....	2002 CanLII 15986 .....	587
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages) .....	2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773 .....	781
Law Society of British Columbia v. Mangat .....	2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113 .....	390
Law Society of New Brunswick v. Ryan .....	2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247 ....	376, 390
Law, Union & Rock Insurance Co. v. Moore's Taxi Ltd. ....	[1960] S.C.R. 80 .....	314

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Leblanc v. Sœurs de l'Espérance .....	[1978] 2 S.C.R. 818 .....	580
Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co. ...	2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23 .....	127, 720, 821
Leigh v. Jack .....	(1879), 5 Ex. Div. 264 .....	151
Levenzon (Demetriou) v. Spanos Korres .....	2014 QCCS 258 .....	1054
Lévis (City) v. Tétreault .....	2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420 .....	90
Leyshon-Hughes v. Ontario Review Board .....	2009 ONCA 16, 240 C.C.C. (3d) 181 .....	493
Libman v. Quebec (Attorney General) .....	[1997] 3 S.C.R. 569 .....	103
Lord Advocate v. Lord Lovat .....	(1880), 5 App. Cas. 273 .....	154
Lutz v. Kawa .....	1980 ABCA 112, 23 A.R. 9 .....	152
<b>M</b>		
M.C. v. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2010 QCTAQ 09161, 2010 CanLII 80613 ...	312
M.D. v. Plante .....	2009 QCCS 6113 .....	586
MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada .....	2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663 .....	128
MacKay v. Manitoba .....	[1989] 2 S.C.R. 357 .....	22
MacKeigan v. Hickman .....	[1989] 2 S.C.R. 796 .....	35, 54
Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance) .....	2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405 .....	22, 75
MacKinnon, Re .....	2003 PESCAD 17, 226 Nfld. & P.E.I.R. 293 .....	152
MacMillan Bloedel Ltd. v. British Columbia .....	(1995), 12 B.C.L.R. (3d) 134. ....	744
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson .....	[1996] 2 S.C.R. 1048 .....	840, 856
Maher v. Bussey .....	2006 NLCA 28, 256 Nfld. & P.E.I.R. 308 ...	152
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd. ....	[1987] 1 S.C.R. 110 .....	21, 839
Manuge v. Canada .....	2010 SCC 67, [2010] 3 S.C.R. 672 .....	28
Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A. ....	[1975] 2 Lloyd's Rep. 509 .....	841
Masidon Investments Ltd. v. Ham .....	(1984), 45 O.R. (2d) 563 .....	152
Mason v. Westside Cemeteries Ltd. ....	(1996), 135 D.L.R. (4th) 361 .....	563
McAteer v. Canada (Attorney General) .....	2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1 .....	1085
McDermott v. Ramadanovic Estate .....	(1988), 27 B.C.L.R. (2d) 45 .....	563
McIsaac v. Healthy Body Services Inc. ....	2009 BCSC 1716 .....	855
McLean v. British Columbia (Securities Commission) .....	2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 ...	728, 982
McLoughlin v. O'Brian .....	[1983] 1 A.C. 410 .....	556
Medeiros v. St-Louis .....	[2002] R.D.I. 352 .....	432
Mercedes Benz A.G. v. Leiduck .....	[1996] 1 A.C. 284 .....	851
Mills v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 863 .....	23
Miner v. Canadian Pacific Railway Co. ....	(1911), 18 W.L.R. 476 .....	556
Minister of National Revenue v. Armstrong .....	[1956] S.C.R. 446 .....	1004
Mitchell v. Rahman .....	2002 MBCA 19, 163 Man. R. (2d) 87 ...	320, 351
Momentous.ca Corp. v. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd. ....	2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467 .....	769
Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc. ....	2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141 ...	436, 983
Moon v. Golden Bear Mining Ltd. ....	2012 BCSC 829 .....	1053
Mooney v. Orr .....	(1994), 98 B.C.L.R. (2d) 318 .....	844
Moore v. British Columbia (Education) .....	2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360 ...	606, 625
Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council) .....	2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249 .....	384
Morel v. Canada .....	2008 FCA 53, [2009] 1 F.C.R. 629 .....	489

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye .....	[1990] 3 S.C.R. 1077 .....	821
Morier v. Rivard .....	[1985] 2 S.C.R. 716 .....	32, 54
Morin v. Canadian Home Assurance Co. ....	[1970] S.C.R. 561 .....	581
Morin v. Québec (Ville de) .....	2009 QCCS 3202 .....	316
Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City) .....	2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3 .....	629
Mustapha v. Culligan of Canada Ltd. ....	(2006), 84 O.R. (3d) 457 .....	557
Mustapha v. Culligan of Canada Ltd. ....	2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114 .....	550
Myers v. Elman .....	[1940] A.C. 282 .....	490
<b>N</b>		
Naneff v. Con-Crete Holdings Ltd. ....	(1995), 23 O.R. (3d) 481 .....	1051
National Commercial Bank of Jamaica Ltd. v. Olint Corp. ....	[2009] 1 W.L.R. 1405 .....	859
Nelles v. Ontario .....	[1989] 2 S.C.R. 170 .....	27, 76
Neveu v. Compagnie d'assurance Victoria du Canada .....	(1989), 30 Q.A.C. 97 .....	342
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board) .....	2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 .....	610
Noiseux v. Savio .....	(1982), 27 R.P.R. 179 .....	424
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera .....	2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551 .....	127
Nord Resources Corp. v. Nord Pacific Ltd. ....	2003 NBQB 213, 37 B.L.R. (3d) 115 .....	798
Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners .....	1974] A.C. 133 .....	841, 858
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin .....	2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 .....	649
Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General) .....	2010 SCC 65, [2010] 3 S.C.R. 648 .....	29
<b>O</b>		
Ocean Harvesters Ltd. v. Quinlan Brothers Ltd. ....	[1975] 1 S.C.R. 684 .....	154
Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) .....	2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781 .....	1115
Odhavji Estate v. Woodhouse .....	2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263 .....	69, 553
Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation .....	[1991] 2 S.C.R. 570 .....	501
Ontario (Attorney General) v. Fraser .....	2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3 .....	822, 1001
Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc. ....	2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147 .....	34
Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec ...	[1981] 2 S.C.R. 113 .....	589
<b>P</b>		
Pacific Mobile Corporation v. Hunter Douglas Canada Ltd. ....	[1979] 1 S.C.R. 842 .....	490
Pacific Press v. British Columbia (Attorney General) .....	2000 BCSC 248, 73 B.C.L.R. (3d) 264 .....	112
Page v. Smith .....	[1996] 1 A.C. 155 .....	557
Parizeau v. Lalonde .....	2014 QCCQ 11332 .....	588
Parkin v. Thorold .....	(1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698 .....	854
Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Agriculture and Agri-Food) ...	2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639 .....	29
Parry v. Cleaver .....	[1970] A.C. 1 .....	133
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324 .....	2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157 .....	179
Pearl v. Gentra Canada Investments Inc. ....	[1998] R.L. 581 .....	490
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee .....	[1991] 2 S.C.R. 869 .....	374
Percé (Ville) v. Roy .....	1995 CanLII 4974 .....	585
Periard v. Ville de Sept-Îles .....	[1985] I.L.R. ¶1-1963 .....	342

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Pett v. Greyhound Racing Assn., Ltd. ....	[1968] 2 All E.R. 545 .....	397
Pfizer Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC .....	2011 FC 547, 394 F.T.R. 1 .....	956
Pinch v. Hofstee .....	2015 BCSC 1888 .....	572
Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents) .....	[1989] 1 S.C.R. 1623 .....	959
Plouffe v. Roy .....	2007 CanLII 37693 .....	855
Preymann v. Ayus Technology Corp. ....	2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391 .....	771, 803
Productions Pram inc. v. Lemay .....	[1992] R.J.Q. 1738 .....	307, 330
Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada .....	2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245 .....	127
<b>Q</b>		
Qikiqtani Inuit Assn. v. Canada (Minister of Natural Resources) .....	2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263 .....	1093
Quebec (Attorney General) v. A .....	2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61 .....	616
Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board) .....	[1994] 1 S.C.R. 159 .....	1090, 1114
Quebec (Attorney General) v. Cronier .....	(1981), 63 C.C.C. (2d) 437 .....	487
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center) .....	2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789 ...	609, 617, 625
Québec (Procureur général) v. Bélanger .....	2012 QCCA 1669, 4 M.P.L.R. (5th) 21 .....	502
Québec (Société de l'assurance automobile) v. Viger .....	[2000] R.J.Q. 2209 .....	312
Quinlan v. Safe International Försäkrings AB .....	[2005] FCA 1362 .....	774
<b>R</b>		
R. v. 974649 Ontario Inc. ....	2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575 ...	468, 492
R. v. Abbey .....	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330 .....	180
R. v. Abbey .....	2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301 .....	909
R. v. Aberdeen .....	2006 ABCA 164, 384 A.R. 395 .....	47
R. v. Adjei .....	2013 ONCA 512, 309 O.A.C. 328 .....	930
R. v. Allen .....	2001 NFCA 44, 158 C.C.C. (3d) 225 .....	269
R. v. Anderson .....	2013 QCCA 2160, 9 C.R. (7th) 203 .....	986
R. v. Anderson .....	2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167 .....	489
R. v. Anoussis .....	2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113 ...	525
R. v. Aucoin .....	2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408 .....	245
R. v. B. (K.G.) .....	[1993] 1 S.C.R. 740 .....	878, 908
R. v. Baldree .....	2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520 ...	878, 906
R. v. Baltovich .....	(2000), 47 O.R. (3d) 761 .....	272
R. v. Béland .....	[1987] 2 S.C.R. 398 .....	191
R. v. Bernard .....	[1988] 2 S.C.R. 833 .....	822, 1006
R. v. Bernshaw .....	[1995] 1 S.C.R. 254 .....	1006
R. v. Blackman .....	(2006), 84 O.R. (3d) 292 .....	915
R. v. Blackman .....	2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298 ...	881, 907
R. v. Brost .....	2012 ABQB 696, 552 A.R. 140 .....	534
R. v. Brown .....	(1974), 21 C.C.C. (2d) 575 .....	540
R. v. Bryan .....	2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527 .....	118
R. v. Buhay .....	2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631 .....	228



NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Carrier .....	2012 QCCA 594 .....	500
R. v. Carroll .....	1999 BCCA 65, 118 B.C.A.C. 219 .....	937
R. v. Carroll .....	2014 ONCA 2, 304 C.C.C. (3d) 252 .....	909
R. v. Charette .....	2009 ONCA 310, 94 O.R. (3d) 721 .....	997
R. v. Charette .....	2009 ONCA 310, 243 C.C.C. (3d) 480 .....	986
R. v. Ciarniello .....	(2006), 81 O.R. (3d) 561 .....	493
R. v. Cole .....	2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34 .....	245
R. v. Collins .....	[1987] 1 S.C.R. 265 .....	988
R. v. Conway .....	2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765 .....	1089, 1116
R. v. Corbett .....	[1988] 1 S.C.R. 670 .....	937
R. v. Couture .....	2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517 .....	880, 907
R. v. Cunningham .....	2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331 .....	491
R. v. D.A. ....	2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL) .....	2059 540
R. v. D.D. ....	2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275 .....	181
R. v. D'Amico .....	2016 QCCA 183 .....	262
R. v. Delisle .....	2012 QCCA 1250 .....	270
R. v. Deruelle .....	[1992] 2 S.C.R. 663 .....	979, 1003
R. v. Devine .....	2008 SCC 36, [2008] 2 S.C.R. 283 .....	907
R. v. Dixon .....	[1998] 1 S.C.R. 244 .....	673
R. v. Dragos .....	2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481 .....	1028
R. v. Duran .....	2013 ONCA 343, 3 C.R. (7th) 274 .....	1028
R. v. Dyment .....	[1988] 2 S.C.R. 417 .....	782
R. v. E.M.W. ....	2011 SCC 31, [2011] 2 S.C.R. 542 .....	553
R. v. Erickson .....	2003 BCCA 693, 192 B.C.A.C. 203 .....	226, 240
R. v. Farinacci .....	(1993), 86 C.C.C. (3d) 32 .....	262
R. v. Fearon .....	2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621 .....	245
R. v. Feeney .....	[1997] 2 S.C.R. 13 .....	223, 240
R. v. Flegel .....	(1971), 5 C.C.C. (2d) 155 .....	1002
R. v. Folkes .....	2007 ABQB 624, 430 A.R. 266 .....	537
R. v. Forsyth .....	(1973), 15 C.C.C. (2d) 23 .....	984
R. v. Forsythe .....	2009 MBCA 123, 250 C.C.C. (3d) 90 .....	986
R. v. G. (C.A.) .....	2014 ABQB 119, 306 C.R.R. (2d) 288 .....	540
R. v. G.D.B. ....	2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520 .....	495
R. v. Garrington .....	[1973] 1 O.R. 370 .....	534
R. v. Gashikanyi .....	2015 ABCA 1, 588 A.R. 386 .....	1028
R. v. Gill .....	2015 SKCA 96, 465 Sask. R. 253 .....	262
R. v. Goodstoney .....	2007 ABCA 88, 218 C.C.C. (3d) 270 .....	915
R. v. Grant .....	[1993] 3 S.C.R. 223 .....	223, 240
R. v. Grant .....	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 .....	227
R. v. Graveline .....	2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609 .....	1029
R. v. Gunn .....	2003 ABQB 314, 335 A.R. 137 .....	504
R. v. Hall .....	2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309 .....	267, 523
R. v. Hamilton .....	2011 ONCA 399, 271 C.C.C. (3d) 208 .....	909
R. v. Handy .....	2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908 .....	496
R. v. Harrison .....	2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494 .....	228

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Hart .....	2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544 .....	875, 909
R. v. Hawkins .....	[1996] 3 S.C.R. 1043 .....	880, 908
R. v. Hebert .....	[1990] 2 S.C.R. 151 .....	215
R. v. Henry .....	2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 .....	822, 1001
R. v. Hodgson .....	[1998] 2 S.C.R. 449 .....	214
R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd. ....	2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45 .....	38, 66
R. v. Iyer .....	2016 ABCA 407 .....	262
R. v. J.-L.J. ....	2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600 .....	181, 189
R. v. J.M.H. ....	2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197 .....	1029
R. v. Joannis .....	(1995), 102 C.C.C. (3d) 35 .....	495
R. v. Jordan .....	2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631 .....	503, 664, 988
R. v. K. (R.A.) .....	(1996), 106 C.C.C. (3d) 93 .....	1028
R. v. Kapp .....	2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483 .....	1081
R. v. Keegstra .....	[1990] 3 S.C.R. 697 .....	103
R. v. Khan .....	[1990] 2 S.C.R. 531 .....	890, 907
R. v. Khela .....	2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104 .....	895
R. v. Khelawon .....	2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787 .....	877, 906
R. v. Kimberley .....	(2001), 56 O.R. (3d) 18 .....	941
R. v. Kutynec .....	(1992), 7 O.R. (3d) 277 .....	675
R. v. Lees .....	1999 BCCA 441, 127 B.C.A.C. 280 .....	271
R. v. Liberatore .....	2010 NSCA 26, 292 N.S.R. (2d) 69 .....	490
R. v. Lilgert .....	2014 BCCA 493, 16 C.R. (7th) 346 .....	47
R. v. Lowe .....	2009 BCCA 338, 274 B.C.A.C. 92 .....	913
R. v. M. (N.) .....	(2007) 223 C.C.C. (3d) 417 .....	241
R. v. MacDonald .....	(1974), 22 C.C.C. (2d) 350 .....	989
R. v. MacDonald .....	2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37 .....	223
R. v. MacKenzie .....	2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250 .....	217
R. v. Maccooh .....	[1993] 2 S.C.R. 802 .....	223
R. v. Manasseri .....	2013 ONCA 647, 312 C.C.C. (3d) 132 .....	262
R. v. Mapara .....	2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312 .....	273
R. v. Marshall .....	2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220 .....	157
R. v. Mastel .....	2011 SKCA 16, 84 C.R. (6th) 405 .....	1035
R. v. Matteo .....	2016 QCCA 2046 .....	263
R. v. McGuffie .....	2016 ONCA 365, 348 O.A.C. 365 .....	232
R. v. McNamara (No. 1) .....	(1981), 56 C.C.C. (2d) 193 .....	912
R. v. McNeil .....	2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66 .....	261, 666
R. v. Meda .....	(1981), 23 C.R. (3d) 174 .....	271
R. v. Mohan .....	[1994] 2 S.C.R. 9 .....	177, 188
R. v. Morales .....	[1992] 3 S.C.R. 711 .....	527
R. v. Morin .....	[1988] 2 S.C.R. 345 .....	1036
R. v. Morin .....	[1992] 1 S.C.R. 771 .....	664
R. v. Morrissey .....	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193 .....	1031
R. v. Moser .....	(1992), 7 O.R. (3d) 737 .....	989
R. v. Noël .....	2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433 .....	937
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103 .....	117, 538
R. v. Oickle .....	2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3 .....	191

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Olsen .....	(1996), 94 O.A.C. 62 .....	271
R. v. Omeasoo .....	2013 ABPC 328, 576 A.R. 357 .....	540
R. v. Orbanski .....	2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3 .....	219
R. v. Orchard .....	[1971] 1 W.W.R. 535 .....	1002
R. v. Osborne .....	(1992), 17 C.R. (4th) 350 .....	1028
R. v. P. (L.T.) .....	(1997), 113 C.C.C. (3d) 42 .....	1028
R. v. Parsons .....	(1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 69 .....	263
R. v. Passey .....	1997 ABCA 343, 121 C.C.C. (3d) 444 .....	262
R. v. Paszczenko .....	2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424 .....	987
R. v. Patko .....	2005 BCCA 183, 197 C.C.C. (3d) 192 .....	540
R. v. Pearson .....	[1992] 3 S.C.R. 665 .....	526
R. v. Phillips .....	(1988), 42 C.C.C. (3d) 150 .....	987
R. v. Plamondon .....	(1997), 121 C.C.C. (3d) 314 .....	989
R. v. Plummer .....	(2006), 83 O.R. (3d) 528 .....	990
R. v. Ponak .....	[1972] 4 W.W.R. 316 .....	262
R. v. Porisky .....	2012 BCCA 467, 293 C.C.C. (3d) 100 .....	263
R. v. Post .....	2007 BCCA 123, 217 C.C.C. (3d) 225 .....	941
R. v. R. (D.) .....	[1996] 2 S.C.R. 291 .....	889
R. v. R. (T.) .....	2007 ONCA 374, 85 O.R. (3d) 481 .....	913
R. v. Redhead .....	2006 ABCA 84, 384 A.R. 206 .....	47
R. v. Rhyason .....	2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193 .....	268
R. v. Roe .....	2008 BCCA 253, 256 B.C.A.C. 308 .....	271
R. v. Roussin .....	2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46 .....	268
R. v. Rowan .....	2011 ONSC 7362 .....	537
R. v. S. (R.J.) .....	[1995] 1 S.C.R. 451 .....	215
R. v. S. (S.) .....	2008 ONCA 140, 232 C.C.C. (3d) 158 .....	939
R. v. Salah .....	2015 ONCA 23, 319 C.C.C. (3d) 373 .....	896
R. v. Salituro .....	[1991] 3 S.C.R. 654 .....	775
R. v. Sappier .....	2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686 .....	20
R. v. Saunter .....	2006 ABQB 808 .....	534
R. v. Searle .....	2006 NBCA 118, 308 N.B.R. (2d) 216 .....	1006
R. v. Sekhon .....	2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272 .....	84, 181
R. v. Shepherd .....	2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527 .....	987
R. v. Showell .....	[1971] 3 O.R. 460 .....	1002
R. v. Sidhu .....	2015 ABCA 308, 607 A.R. 395 .....	263
R. v. Silveira .....	[1995] 2 S.C.R. 297 .....	223, 241
R. v. Smith .....	[1992] 2 S.C.R. 915 .....	881
R. v. Smith .....	(1999), 133 Man. R. (2d) 89 .....	490
R. v. Smith .....	2003 SKCA 8, 171 C.C.C. (3d) 383 .....	522
R. v. Smith .....	2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146 .....	896, 930
R. v. Soules .....	2011 ONCA 429, 105 O.R. (3d) 561 .....	219
R. v. Spencer .....	2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212 .....	245
R. v. St-Cloud .....	2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328 .....	272, 523
R. v. St-Onge Lamoureux .....	2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187 .....	987
R. v. Starr .....	2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144 .....	883
R. v. Stirling .....	2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272 .....	933
R. v. Tannas .....	2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166 .....	1028

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Tash .....	2013 ONCA 380, 306 O.A.C. 173 .....	941
R. v. Trang .....	2002 ABQB 744, 323 A.R. 297 .....	492
R. v. Trochym .....	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239 .....	190
R. v. U. (F.J.) .....	[1995] 3 S.C.R. 764 .....	880, 909
R. v. Vanderbruggen .....	(2006), 206 C.C.C. (3d) 489 .....	984
R. v. Vu .....	2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657 .....	245
R. v. Vukelich .....	(1996), 108 C.C.C. (3d) 193 .....	675
R. v. Ware .....	(1975), 30 C.R.N.S. 308 .....	984
R. v. Williamson .....	2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741 .....	685
R. v. Wray .....	[1970] 2 O.R. 3 .....	1002
R. v. Wray .....	[1971] S.C.R. 272 .....	999
R. v. Xanthoudakis .....	2016 QCCA 1809 .....	262
R. v. Youvarajah .....	2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720 ...	879, 907
R. v. Zeolkowski .....	[1989] 1 S.C.R. 1378 .....	339
R. v. Zundel .....	[1992] 2 S.C.R. 731 .....	103
R.C. v. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2007 QCTAQ 08233, 2007 CanLII 40372 ...	310
Ratych v. Bloomer .....	[1990] 1 S.C.R. 940 .....	133
Re 9022-8818 Québec inc. ....	2005 QCCA 275 .....	582
Re Application of Abitibi Co. ....	(1982), 62 C.P.R. (2d) 81 .....	964
Re Béland .....	2005 CanLII 24349 .....	440, 466
Re Gagné .....	2009 QCCS 6064 .....	440, 466
Re Keenan and The Queen .....	(1979), 57 C.C.C. (2d) 267 .....	540
Re Montmagny (Ville) .....	2005 CanLII 11604 .....	440, 466
Redland Bricks Ltd. v. Morris .....	[1970] A.C. 652 .....	859
Reference re Agricultural Products Marketing Act .....	[1978] 2 S.C.R. 1198 .....	1006
Republic of Haiti v. Duvalier .....	[1990] 1 Q.B. 202 .....	844
Rhodes v. Canadian National Railway .....	(1990), 75 D.L.R. (4th) 248 .....	558
Rilling v. The Queen .....	[1976] 2 S.C.R. 183 .....	974, 991
Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council .....	2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 ...	1081, 1113
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 S.C.R. 27 .... 105, 222, 349, 375, 436, 453, 740, 983, 1004	
RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) .....	[1994] 1 S.C.R. 311 .....	839, 850
Rodaro v. Royal Bank of Canada .....	(2002), 59 O.R. (3d) 74 .....	552, 1067
Ross River Dena Council v. Yukon .....	2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100 ....	1082
Rothman v. The Queen .....	[1981] 1 S.C.R. 640 .....	214
Roy v. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec .....	2009 QCCA 459 .....	590
Royer v. Mignault .....	[1988] R.J.Q. 670 .....	34
Rudder v. Microsoft Corp. ....	(1999), 2 C.P.R. (4th) 474 .....	806
<b>S</b>		
S.F. v. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2011 QCTAQ 08760, 2011 CanLII 71337 ...	312
Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Apotex Inc. ....	2009 FC 676, 350 F.T.R. 165 .....	957
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott .....	2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467 .....	639
Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp. ....	2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633 .....	697
Schooff v. British Columbia (Medical Services Commission) .....	2010 BCCA 396, 323 D.L.R. (4th) 680 ....	855
ScotiaMcLeod Inc. v. Peoples Jewellers Ltd. ....	(1995), 26 O.R. (3d) 481 .....	1055
Seaward v. Paterson .....	[1897] 1 Ch. 545 .....	841, 857

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Segal v. Blatt .....	2007 QCCS 1488 .....	1057
Seidel v. TELUS Communications Inc. ....	2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531 .....	777
Seweryn v. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation) .....	2016 ABCA 239 .....	47
Sherren v. Pearson .....	(1887), 14 S.C.R. 581 .....	155
Shewchuk-Dann v. Assn. of Social Workers (Alberta) .....	(1996), 38 Admin. L.R. (2d) 19 .....	382
Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. v. Elta Group Inc. ....	(1998), 40 O.R. (3d) 563 .....	1057
Sirros v. Moore .....	[1975] 1 Q.B. 118 .....	32, 73
Slaight Communications Inc. v. Davidson .....	[1989] 1 S.C.R. 1038 .....	179
Smith v. Alliance Pipeline Ltd. ....	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 .....	742
Smith v. Ritchie .....	2009 ABCA 373 .....	1062
Somersall v. Friedman .....	2002 SCC 59, [2002] 3 S.C.R. 109 .....	128
Spicer v. Bowater Mersey Paper Co. ....	2004 NSCA 39, 222 N.S.R. (2d) 103 .....	152
Spiller v. Brown .....	(1973), 43 D.L.R. (3d) 140 .....	855
St-Jean v. Mercier .....	[1998] J.Q. n° 234 (QL) .....	318
St-Jean v. Mercier .....	[1999] R.J.Q. 1658 .....	319
St-Jean v. Mercier .....	2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491 ...	319, 355, 501
St-Jean v. Mercier .....	S.C.C., No. 27515, January 15, 2001 (Bulletin of Proceedings, January 19, 2001, pp. 94-95) ....	318
Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc. ....	2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500 .....	1090, 1115
Stern v. Imasco Ltd. ....	(1999), 1 B.L.R. (3d) 198 .....	1063
Straus v. Decaire .....	2007 ONCA 854 .....	773
Stubbs v. ATS Applied Tech Systems Inc. ....	2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386 .....	774
Sutherland v. Hatton .....	[2002] EWCA Civ 76, [2002] 2 All E.R. 1 ....	564
Sylviculture et exploitation J.M.J. inc. v. Mayer Hill .....	2012 QCCA 1377 .....	439
<b>T</b>		
Takefman v. Golden Hope Mines Ltd. ....	2015 QCCS 4947 .....	798
Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director) .....	2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550 .....	1081
Tame v. New South Wales .....	[2002] HCA 35, 211 C.L.R. 317 .....	558
Taraschuk v. The Queen .....	[1977] 1 S.C.R. 385 .....	990
Taylor v. Canada (Attorney General) .....	[2000] 3 F.C. 298 .....	33, 54, 73
TCR Holding Corp. v. Ontario .....	2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175 .....	775
Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters .....	2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321 ....	769, 804
Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways) .....	2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69 .....	799, 810
Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc. ....	2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625 .....	955
The "Bergen" (No. 2) .....	[1997] 2 Lloyd's Rep. 710 .....	774
The Bremen v. Zapata Off-Shore Co. ....	407 U.S. 1 (1972) .....	810
The "Eleftheria" .....	[1969] 1 Lloyd's Rep. 237 .....	772, 789, 811
The Fehmarn .....	[1958] 1 All E.R. 333 .....	771
The Queen v. Lincoln Mining Syndicate Ltd. ....	[1959] S.C.R. 736 .....	145
Themadel Foundation v. Third Canadian General Investment Trust Ltd. ....	(1998), 38 O.R. (3d) 749 .....	1062
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General) .....	[1998] 1 S.C.R. 877 .....	118

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Tolofson v. Jensen .....	[1994] 3 S.C.R. 1022 .....	821
Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd. ....	[1997] 1 S.C.R. 32 .....	731
Toronto Railway Co. v. Toms .....	(1911), 44 S.C.R. 268 .....	561
Town Investments Ltd. v. Department of the Environment .....	[1978] A.C. 359 .....	1085
Trackcom Systems International Inc. v. Trackcom Systems Inc. ....	2014 QCCA 1136 .....	502, 1064
TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township) .....	(2000), 186 D.L.R. (4th) 403 .....	47
Tsilhqot'in Nation v. British Columbia .....	2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257 ...	1091, 1116
Tweedie v. The King .....	(1915), 52 S.C.R. 197 .....	161
<b>U</b>		
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General) .....	[1992] 1 S.C.R. 901 .....	491
United States of America v. Robertson .....	2013 BCCA 284, 339 B.C.A.C. 199 .....	534
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City) .....	2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485 .....	375
<b>V</b>		
van Soest v. Residual Health Management Unit .....	[1999] NZCA 206, [2000] 1 N.Z.L.R. 179 ....	564
Vancouver (City) v. Ward .....	2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28 ....	23, 58, 67
Vanek v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada .....	(1999), 48 O.R. (3d) 228 .....	563
Vetrovec v. The Queen .....	[1982] 1 S.C.R. 811 .....	874
Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc. .....	2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570 ....	770, 805
Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co. .....	[1939] A.C. 277 .....	785
<b>W</b>		
Waddell v. Governor in Council .....	(1983), 8 Admin. L.R. 266 .....	390
Waiser v. Deahy Medical Assessments Inc. ....	(2006), 14 B.L.R. (4th) 317 .....	1054
Walls v. Lewis .....	(2009), 97 O.R. (3d) 16 .....	1054
Warner-Lambert Co. v. Actavis Group PTC EHF .....	[2015] EWHC 485 (Pat.), 144 B.M.L.R. 194 .....	842
Welex A.G. v. Rosa Maritime Limited (The "Epsilon Rosa") .....	[2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 Lloyd's Rep. 509 .....	774
Wells v. Newfoundland .....	[1999] 3 S.C.R. 199 .....	573
West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines) .....	2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234 ...	1118
Westmount (City) v. Rossy .....	2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136 ....	307, 326
Whirlpool Corp. v. Camco Inc. .....	2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067 .....	957
White v. Chief Constable of South Yorkshire Police .....	[1999] 2 A.C. 455 .....	557
White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co. ....	2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182 ....	180, 192
Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd. ....	2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770 .....	736
Wood v. LeBlanc .....	(1904), 34 S.C.R. 627 .....	155
<b>Y</b>		
York University v. Bell Canada Enterprises .....	(2009), 311 D.L.R. (4th) 755 .....	842
Young v. Borzoni .....	2007 BCCA 16, 277 D.L.R. (4th) 685 ....	564
Young v. Young .....	[1993] 4 S.C.R. 3 .....	489, 504

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>Z</b>		
Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V. ....	2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450 ...768, 787, 803	
Zawadzki v. Calimoso .....	2011 BCSC 45 .....	573
Zi Corp. v. Steinberg .....	2006 ABQB 92, 396 A.R. 157 .....	797





## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
1711811 Ontario Ltd. c. Buckley Insurance Brokers Ltd. ....	2014 ONCA 125, 371 D.L.R. (4th) 643 .....	855
2082825 Ontario Inc. c. Platinum Wood Finishing Inc. ....	(2009), 96 O.R. (3d) 467 .....	1053
80 Wellesley St. East Ltd. c. Fundy Bay Builders Ltd. ....	[1972] 2 O.R. 280 .....	775
820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd. ....	(1991), 3 B.L.R. (2d) 113 .....	1051
<b>A</b>		
Acrow (Automation) Ltd. c. Rex Chainbelt Inc. ....	[1971] 1 W.L.R. 1676 .....	857
Adecco Canada Inc. c. J. Ward Broome Ltd. ....	(2001), 12 B.L.R. (3d) 275 .....	1054
ADGA Group Consultants Inc. c. Lane .....	(2008), 64 C.H.R.R. D/132 .....	641
Advanced Cardiovascular Systems Inc. c. Universal Specialties Ltd. ...	[1997] 1 N.Z.L.R. 186 .....	810
Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman .....	[1985] 1 R.C.S. 2 .....	842
Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada .....	2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657 .....	29
Agnew c. Ontario Assn. of Architects.....	(1987), 64 O.R. (2d) 8 .....	33
Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) .....	2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 ....	338, 374
Akai Pty Ltd. c. People's Insurance Co. ....	(1996), 188 C.L.R. 418 .....	810
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association .....	2011 CSC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 .....	374
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et tra- vailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section lo- cale 401 .....	2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733 .....	796
Alcock c. Chief Constable of South Yorkshire Police .....	[1992] 1 A.C. 310 .....	557
Aldo Group Inc. c. Moneris Solutions Corp. ....	2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81 .....	773
Alkasabi c. Ontario .....	1994 CarswellOnt 3639 (WL Can.) .....	54
Alsop's Patent (Re) .....	(1907) 24 R.P.C. 733 .....	957
Amos c. Insurance Corp. of British Columbia .....	[1995] 3 R.C.S. 405 .....	320
Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. ....	2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265 .....	950
Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd. ....	2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153 .....	955
Armoyan c. Armoyan .....	2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204 .....	770
Arruda c. Brière .....	2014 QCCQ 6882 .....	588
Assurance Automobile — 68 .....	[1997] C.A.S. 212 .....	317
AstraZeneca Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC .....	2012 CAF 109 .....	957
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board) .....	2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140 .....	379, 982
Atlantic Marine Construction Co. c. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Texas .....	134 S.Ct. 568 (2013) .....	810
Attorney General c. Observer Ltd. ....	[1990] 1 A.C. 109 .....	860
Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway ...	[1906] A.C. 204 .....	161
Augustus c. Gosset .....	[1996] 3 R.C.S. 268 .....	567
Avenue Properties Ltd. c. First City Dev. Corp. Ltd. ....	(1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 .....	785

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>B</b>		
Babanaft International Co. S.A. c. Bassatne .....	[1990] 1 Ch. 13 .....	844
Badeaux c. Corp. intermunicipale de transport de la Rive-sud de Québec .....	[1986] J.Q. n° 473 (QL) .....	315
Bailey c. Fasken Martineau DuMoulin, s.r.l. ....	[2005] R.R.A. 842 .....	586
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	[1999] 2 R.C.S. 817 .....	384, 1092, 1126
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan .....	2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247 ...	376, 390
BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976 .....	2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560 .....	1045
Beaulieu c. Paquet .....	2016 QCCA 1284 .....	582
Beauséjour c. Centre de ski Le Relais .....	2015 QCCS 127 .....	440
Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks .....	2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103 .....	1083
Beecham c. Hughes .....	(1988), 27 B.C.L.R. (2d) 1 .....	558
Bélec c. Martin .....	2015 QCCQ 13838 .....	587
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. ....	[1996] 2 R.C.S. 345 .....	307
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex .....	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 .....	47, 105, 344, 980
Belley c. Tessier-Villeneuve .....	[1990] R.R.A. 959 .....	342
Belliveau c. Belliveau .....	2011 NSSC 397, 3 B.L.R. (5th) 87 .....	1053
Benhaim c. St-Germain .....	2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352 ...	582, 1064
Berkson c. Gogo LLC .....	97 F. Supp.3d 359 (2015) .....	807
Bernard c. Hernandez Sanchez .....	2014 QCCQ 5171 .....	588
Bernatchez c. Bergeron .....	[2000] AZ-00036682 .....	588
Bérocan inc. c. Masson .....	[1999] R.J.Q. 195 .....	586
Bertrand c. Veillet .....	2006 QCCQ 15374 .....	587
BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority .....	[1993] 1 R.C.S. 12 .....	778
Bhasin c. Hrynew .....	2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494 .....	775
Black Swan Gold Mines Ltd. c. Goldbelt Resources Ltd. ....	(1996), 78 B.C.A.C. 193 .....	721
Bloxam c. Elsee .....	(1827), 6 B. & C. 169, 108 E.R. 415 .....	958
Borowski c. Canada (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 342 .....	261
Boudreau c. The King .....	[1949] R.C.S. 262 .....	215
Bourhill c. Young .....	[1943] A.C. 92 .....	561
Bradburn c. Great Western Railway Co. ....	(1874), L.R. 10 Ex. 1 .....	133
Bradley c. Groves .....	2010 BCCA 361, 326 D.L.R. (4th) 732 .....	551
Breton c. Fortin .....	2016 QCCS 6149 .....	440
Brisebois c. Chamberland .....	(1990), 75 O.R. (2d) 332 .....	152
Bristol-Myers Squibb Co. c. Apotex Inc. ....	2005 CF 1348 .....	957
British Columbia Public Service Agency c. B.C.G.E.U. ....	2008 BCCA 357, 83 B.C.L.R. (4th) 299 .....	644
British United Shoe Machinery Co. c. A. Fussell & Sons Ltd. ....	(1908), 25 R.P.C. 631 .....	962
Brodby c. Alberta (Director of Vital Statistics) .....	(1982), 142 D.L.R. (3d) 151 .....	47
Budd c. Gentra Inc. ....	(1998), 43 B.L.R. (2d) 27 .....	1042
Bureau c. Chappleau .....	2008 QCCQ 4709 .....	587
Burgsteden c. Long .....	2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562 .....	553
<b>C</b>		
C.S. c. Québec (Commission des affaires sociales) .....	[1996] AZ-51214610 .....	317
Cabana c. Valiquette .....	2013 QCCS 4710 .....	440

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Cabana c. Valiquette .....	2015 QCCA 1520 .....	440
Canada c. Craig .....	2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489 .....	1001
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa .....	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 .....	729
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. ....	[1997] 1 R.C.S. 748 .....	714
Canada (Minister of Justice) c. Mirza .....	2009 ONCA 732, 248 C.C.C. (3d) 1 .....	533
Canada (Procureur général) c. Bedford .....	2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 ...	665, 1001
Canada (Procureur général) c. Bisson .....	[1995] R.J.Q. 2409 .....	490
Canada (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux .....	2014 CSC 49, [2014] 2 R.C.S. 477 ...	301, 326
Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc. ....	2016 CSC 56, [2016] 2 R.C.S. 720 .....	161
Canada (Procureur général) c. Law Society of British Columbia ....	[1982] 2 R.C.S. 307 .....	391
Canada (Procureur général) c. Mavi .....	2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504 .....	384
Canada (Procureur général) c. McArthur .....	2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626 .....	29
Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society ....	2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 .....	639
Canada (Procureur général) c. Slansky .....	2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81 .....	34, 55
Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc. ....	2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585 .....	29
Canada (Procureur général) c. Xuan .....	[1994] 2 C.F. 348 .....	337
Canada Trustco Mortgage Co. c. Renard .....	2008 BCCA 343, 298 D.L.R. (4th) 216 ...	553
Canadian Pacific Ltd. c. Gill .....	[1973] R.C.S. 654 .....	126
CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général) .....	[1999] 1 R.C.S. 743 .....	740
Canam Enterprises Inc. c. Coles .....	(2000), 51 O.R. (3d) 481 .....	489
Carnival Cruise Lines, Inc. c. Shute .....	499 U.S. 585 (1991) .....	810
Caron c. Gauthier .....	2011 QCCS 2898 .....	440
Carter c. Canada (Procureur général) .....	2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331 .....	642, 665
Cartier c. Nairn .....	2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150 ...	33
Cartier International AG c. British Sky Broadcasting Ltd. ....	[2014] EWHC 3354 (Ch.), [2015] 1 All E.R. 949 .....	851
Cartier International AG c. British Sky Broadcasting Ltd. ....	[2016] EWCA Civ 658, [2017] 1 All E.R. 700 .....	842
Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District) .....	2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 ...	373, 390, 729
Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission) ...	[1990] 2 R.C.S. 489 .....	619
Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud .....	[1992] 2 R.C.S. 970 .....	620
Chalifoux c. Québec (Commission des affaires sociales) .....	2003 CanLII 72168 .....	312
Chilton c. Co-Operators General Insurance Co. ....	(1997), 32 O.R. (3d) 161 .....	137
Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc. ....	2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099 .....	1075
Clements c. Clements .....	2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181 .....	551
Club Resorts Ltd. c. Van Breda .....	2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572 .....	821
Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc. ....	2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069 .....	1104
Colombie-Britannique (Forêts) c. Teal Cedar Products Ltd. ....	2013 CSC 51, [2013] 3 R.C.S. 301 .....	741
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU .....	[1999] 3 R.C.S. 3 .....	604, 618, 629
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights) .....	[1999] 3 R.C.S. 868 .....	620
Commission des accidents de travail du Quebec, Desfonds et Larocque c. Girard .....	(1988), 18 C.A.Q. 110 .....	342
Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin .....	[1994] 2 R.C.S. 525 .....	641
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général) .....	2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135 ...	372, 717

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP .....	2013 CSC 39, [2013] 2 R.C.S. 649 .....	376
Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd. ....	[1981] 1 R.C.S. 504 .....	955
Cooper c. Hobart .....	2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537 ... 30, 43, 75, 562	
Co-operative Insurance Society Ltd. c. Argyll Stores (Holdings) Ltd. ....	[1998] A.C. 1 .....	859
Co-operators Compagnie d'assurance vie c. Gibbens .....	2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605 .....	127
Cordero c. British Leyland Motors Canada Ltd. ....	[1980] C.S. 899 .....	342
Cox c. Aspen Veterinary Services Professional Corp. ....	2007 SKQB 270, 301 Sask. R. 1 .....	1053
Cox c. Fleming .....	(1995), 15 B.C.L.R. (3d) 201 .....	563
Craig c. Béton Chevalier inc. ....	2012 QCCS 2888 .....	466
Crevier c. Québec (Procureur général) .....	[1981] 2 R.C.S. 220 .....	26
Crispin c. Registrar of the District Court .....	[1986] 2 N.Z.L.R. 246 .....	32
Croisetière c. Gélinas .....	[1977] C.A. 183 .....	450
Culligan c. Miller, J. ....	(1996), 178 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 321 .....	382
Cunningham c. Wheeler .....	[1994] 1 R.C.S. 359 .....	134
<b>D</b>		
D.H. c. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2011 QCTAQ 4101, 2011 LNQCTAQ 110 (QL) .....	312
Dagg c. Canada (Ministre des Finances) .....	[1997] 2 R.C.S. 403 .....	782
Dallaire c. Dallaire .....	2013 QCCS 1556 .....	582
Danylchuk c. Wolinsky .....	2007 MBCA 132, 225 Man. R. (2d) 2 .....	1053
Dastous c. Matthews-Wells Co. ....	[1950] R.C.S. 261 .....	1004
De Repentigny c. Fortin (Succession) .....	2012 QCCS 905 .....	440
Dehkissia c. Kaliaguine .....	2011 QCCA 84 .....	590
Delgamuukw c. Colombie-Britannique .....	[1997] 3 R.C.S. 1010 .....	161
Derby & Co. c. Weldon .....	[1990] 1 Ch. 48 .....	844
Derby & Co. c. Weldon (Nos. 3 and 4) .....	[1990] 1 Ch. 65 .....	844
Deschesnes c. Boucher .....	[1961] B.R. 771 .....	424
Desjardins & Legault CA inc. c. Serour .....	2016 QCCQ 3318 .....	587
Diggon-Hibben, Ltd. c. The King .....	[1949] R.C.S. 712 .....	742
Dion c. Ouellet-Latulippe .....	2008 QCCA 1812 .....	439
Dominion Atlantic Railway Co. c. Halifax and South Western Rail- way Co. ....	[1947] R.C.S. 107 .....	154
Donoghue c. Stevenson .....	[1932] A.C. 562 .....	562
Donohue c. Armco Inc. ....	[2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749 ... 772, 810	
Doré c. Barreau du Québec .....	2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 .....	495
Downtown Eatery (1993) Ltd. c. Ontario .....	(2001), 54 O.R. (3d) 161 .....	1057
Dulieu c. White & Sons .....	[1901] 2 K.B. 669 .....	556
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick .....	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 .....	60, 372, 610, 619, 636, 727
Dupont c. Saint-Arnaud .....	[1992] R.D.J. 88 .....	434
Dupuy c. Gauthier .....	2013 QCCA 774, [2013] R.J.Q. 662 ... 427, 460	
Dupuy c. Leblanc .....	2016 QCCA 1141 .....	582
Duwyn c. Kaprielian .....	(1978), 22 O.R. (2d) 736 .....	564

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>E</b>		
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant .....	[1997] 1 R.C.S. 241 .....	49
Ebrahimi c. Westbourne Galleries Ltd. ....	[1973] A.C. 360 .....	1060
Economical Mutual Insurance Co. c. Lapalme .....	2010 NBCA 87, 366 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 199 .....	125, 126
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général) .....	[1989] 2 R.C.S. 1326 .....	103
Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd. ....	2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293 .....	374
Edwards c. Barreau du Haut-Canada .....	(2000), 48 O.R. (3d) 329 .....	32, 57
Edwards c. Barreau du Haut-Canada .....	2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562 ...	30, 43, 75
Eli Lilly and Co. c. Canada .....	I.C.S.I.D. Case No. UNCT/14/2, 16 mars 2017 .....	952
Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd. ....	2010 CAF 197, [2012] 1 R.C.F. 349 .....	956
Ell c. Alberta .....	2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857 .....	538
Elliott c. Woodstock Agricultural Society .....	2008 ONCA 648, 92 O.R. (3d) 711 .....	152
Endean c. Colombie-Britannique .....	2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162 .....	782
Ermina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	1998 CanLII 8969 .....	33
Estate of John Wood c. Arius3D Corp. ....	2014 ONSC 3322 .....	1053
Expedition Helicopters Inc. c. Honeywell Inc. ....	2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241 .....	774
<b>F</b>		
F.C. c. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2008 QCTAQ 10851, 2008 CanLII 64282 ...	311
F.H. c. McDougall .....	2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41 .....	161
Fearn c. Canada Customs .....	2014 ABQB 114, 586 A.R. 23 .....	492
Fletcher c. Storoschuk .....	(1981), 35 O.R. (2d) 722 .....	152
Flett c. Maxwell .....	[1996] B.C.J. No. 1455 (QL) .....	563
Fourie c. Le Roux .....	[2007] UKHL 1, [2007] 1 All E.R. 1087 ...	850
Fraser, Milner, Casgrain c. Viau .....	[2001] AZ-50187880 .....	587
Fray c. Blackburn .....	(1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217 .....	33
Frazer c. Haukioja .....	2010 ONCA 249, 101 O.R. (3d) 528 .....	564
Free World Trust c. Électro Santé Inc. ....	2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024 .....	957
Frey c. BCE Inc. ....	2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156 ...	770, 805
<b>G</b>		
G.D. c. Centre de santé et des services sociaux A .....	2008 QCCA 663, [2008] R.J.D.T. 663 .....	352
G.P.P. c. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2004 CanLII 68602 .....	311
Gagnon c. Caron .....	2007 QCCQ 12736 .....	587
Gagnon c. Voyer .....	2008 QCCQ 10256 .....	587
Galganov c. Russell (Township) .....	2012 ONCA 410, 294 O.A.C. 13 .....	502
Garnett c. Ferrand .....	(1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576 .....	33
Gauthier c. Beaumont .....	[1998] 2 R.C.S. 3 .....	589
GC Capital Inc. c. Condominium Corp. No. 0614475 .....	2013 ABQB 300, 83 Alta. L.R. (5th) 1 ...	1053
Géoret inc. c. Garderie Morin inc. ....	[2000] AZ-50187544 .....	587
Gestion Immo-Concept inc. (Financière HFC) c. Martial Excavation inc. ....	2013 QCCS 1139 .....	587
Gignac c. Neufeld .....	(1999), 43 O.R. (3d) 741 .....	135
Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc. ....	(1997), 101 B.C.A.C. 62 .....	721

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General) .....	2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185 ...	33, 73
Gorman c. Gorman .....	(1998), 110 O.A.C. 87 .....	152
Gosselin c. Turner .....	2012 QCCS 388 .....	440
Gottlieb c. Adam .....	(1994), 21 O.R. (3d) 248 .....	1059
Gould c. Western Coal Corp. ....	2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19 .....	798
Graham c. MacMillan .....	2003 BCCA 90, 15 C.C.L.T. (3d) 155 .....	564
Granby (Ville) c. Gestion Rainville ltée .....	2011 QCCS 4259 .....	466
Gray c. Cotic .....	[1983] R.C.S. 2 .....	328
GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc. ....	2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401 ...	773, 797, 809
Greenshields c. The Queen .....	[1958] R.C.S. 216 .....	337
Groia c. Law Society of Upper Canada .....	2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1 .....	495
Guaranty Trust Co. of New York c. Hannay & Co. ....	[1915] 2 K.B. 536 .....	851
Guindon c. Canada .....	2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3 .....	47
<b>H</b>		
H.L. c. Canada (Procureur général) .....	2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401 .....	160
Hambrook c. Stokes Brothers .....	[1925] 1 K.B. 141 .....	556
Hamilton c. Open Window Bakery Ltd. ....	2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303 .....	501
Hamilton c. The King .....	(1917), 54 R.C.S. 331 .....	155
Handley c. Archibald .....	(1899), 30 R.C.S. 130 .....	155
Harper c. Canada (Procureur général) .....	2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827 .....	98
Harris c. Cité de Verdun .....	[1979] C.S. 690 .....	342
Hatmaker c. Joseph Nathan & Co. ....	(1919), 36 R.P.C. 231 .....	957
Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co. ....	2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230 .....	721
Hazel c. Ainsworth Engineered Corp. ....	2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155 .....	33
Healey c. Lakeridge Health Corp. ....	2011 ONCA 55, 103 O.R. (3d) 401 .....	564
Health Employers Assn. of British Columbia c. B.C.N.U. ....	2006 BCCA 57, 54 B.C.L.R. (4th) 113 .....	614
Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général) .....	2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214 ...	23, 58, 73
Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie .....	2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306 ...	179, 337, 717
Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régio- nale de Hamilton-Wentworth .....	2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129 .....	30
Hinse c. Canada (Procureur général) .....	2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621 .....	28, 76
Hinz c. Berry .....	[1970] 2 Q.B. 40 .....	563
Histed c. Law Society of Manitoba .....	2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74 .....	495
Hodkin c. Bigley .....	(1998), 20 R.P.R. (3d) 9 .....	152
Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de) ...	2001 CSC 90, [2001] 3 R.C.S. 907 .....	772
Honda Canada Inc. c. Keays .....	2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362 .....	643
Horne c. New Glasgow .....	[1954] 1 D.L.R. 832 .....	557
Housen c. Nikolaisen .....	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 ...	160, 571, 714
Hryniak c. Mauldin .....	2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87 .....	61
Hudye Farms Inc. c. Canadian Wheat Board .....	2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146 ...	770, 805
Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques profession- nelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP- FTQ) .....	2008 CSC 43, [2008] 2 R.C.S. 561 ....	604, 629

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>I</b>		
Ibrahim c. The King .....	[1914] A.C. 599 .....	215
Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc. ....	2007 CSC 20, [2007] 1 R.C.S. 867 .....	844
Incitec Ltd. c. Alkimos Shipping Corp. ....	[2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558 .....	774
Incorporated Broadcasters Ltd. c. Canwest Global Communications Corp. ....	(2001), 20 B.L.R. (3d) 289 .....	798
Incorporated Broadcasters Ltd. c. CanWest Global Communications Corp. ....	2008 MBQB 296, 244 Man. R. (2d) 127 ...	1054
Insurance Corp. of British Columbia c. Patko .....	2008 BCCA 65, 290 D.L.R. (4th) 687 .....	552
Ironrod Investments Inc. c. Enquest Energy Services Corp. ....	2011 ONSC 308 .....	798
Irwin c. Alberta Veterinary Medical Association .....	2015 ABCA 396, 609 A.R. 299 .....	382
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 927 .....	68
<b>J</b>		
J. A. Pye (Oxford) Ltd. c. Graham .....	[2002] UKHL 30, [2003] 1 A.C. 419 .....	153
J.W. c. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	1998 LNQCTAQ 1230 (QL) .....	311
Jabel Image Concepts Inc. c. Canada .....	2000 CanLII 15319 .....	338
John Austin & Sons Ltd. c. Smith.....	(1982), 35 O.R. (2d) 272 .....	152
John Deere Ltd. c. Firdale Farms Ltd. ....	(1987), 45 D.L.R. (4th) 641 .....	854
Joplin c. Chief Constable of the City of Vancouver .....	(1982), 144 D.L.R. (3d) 285 .....	397
<b>K</b>		
Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy) .....	2017 ABQB 107 .....	1092, 1126
Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique .....	[1980] 1 R.C.S. 1105 .....	398
Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée) ...	2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810 .....	373, 390
Keefer c. Arillotta .....	(1976), 13 O.R. (2d) 680 .....	152
Keenan c. Stalker Mun. J. ....	(1979), 12 C.R. (3d) 135 .....	540
Kelly c. Human Rights Commission (P.E.I.) .....	2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336 .....	775
Knight c. Indian Head School Division No. 19 .....	[1990] 1 R.C.S. 653 .....	383
Koerfer c. Davies .....	[1994] O.J. No. 1408 (QL) .....	564
Kotai c. « Queen of the North » (The) .....	2009 BCSC 1405, 70 C.C.L.T. (3d) 221 ...	564
Kounadis Perreault, s.e.n.c. c. Bois d'Or .....	2013 QCCQ 8359 .....	587
Kruse c. Johnson .....	[1898] 2 Q.B. 91 .....	387, 390
<b>L</b>		
Laboratoires Servier c. Apotex Inc. ....	2009 CAF 222 .....	957
Laferrière c. Canada (Procureur général) .....	2015 CF 612 .....	382
Langlois c. Dagenais .....	[1992] R.R.A. 489 .....	342
Lapalme c. Mareluc Ltée .....	[1983] C.S. 646 .....	342
Lapointe c. Vigneault .....	2009 QCCQ 2673 .....	588
Lapointe Rosenstein c. 172302 Canada inc. ....	2002 CanLII 15986 .....	587
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles) .....	2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773 .....	781
Law Society of British Columbia c. Mangat .....	2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113 .....	390

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Law, Union & Rock Insurance Co. c. Moore's Taxi Ltd. ....	[1960] R.C.S. 80 .....	314
Leblanc c. Sœurs de l'Espérance .....	[1978] 2 R.C.S. 818 .....	580
Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge .....	2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23 .....	127, 720, 821
Leigh c. Jack .....	(1879), 5 Ex. Div. 264 .....	151
Levenzon (Demetriou) c. Spanos Korres .....	2014 QCCS 258 .....	1054
Lévis (Ville) c. Tétrault .....	2006 CSC 12 .....	[2006] 1 R.C.S. 420 .....
Leyshon-Hughes c. Ontario Review Board .....	2009 ONCA 16, 240 C.C.C. (3d) 181 .....	493
Libman c. Québec (Procureur général) .....	[1997] 3 R.C.S. 569 .....	103
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes .....	[1993] 3 R.C.S. 724 .....	740
Lord Advocate c. Lord Lovat .....	(1880), 5 App. Cas. 273 .....	154
Lutz c. Kawa .....	1980 ABCA 112, 23 A.R. 9 .....	152
<b>M</b>		
M.C. c. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2010 QCTAQ 09161, 2010 CanLII 80613 ...	312
M.D. c. Plante .....	2009 QCCS 6113 .....	586
MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada .....	2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663 .....	128
MacKay c. Manitoba .....	[1989] 2 R.C.S. 357 .....	22
MacKeigan c. Hickman .....	[1989] 2 R.C.S. 796 .....	35, 54
Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances) .....	2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405 .....	22, 75
MacKinnon, Re .....	2003 PESCAD 17, 226 Nfld. & P.E.I.R. 293 .....	152
MacMillan Bloedel Ltd. c. British Columbia .....	(1995), 12 B.C.L.R. (3d) 134 .....	744
MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson .....	[1996] 2 R.C.S. 1048 .....	840, 856
Maher c. Bussey .....	2006 NLCA 28, 256 Nfld. & P.E.I.R. 308 ...	152
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd. ....	[1987] 1 R.C.S. 110 .....	21, 839
Manuge c. Canada .....	2010 CSC 67, [2010] 3 R.C.S. 672 .....	28
Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulkcarriers S.A. ....	[1975] 2 Lloyd's Rep. 509 .....	842
Masidon Investments Ltd. c. Ham .....	(1984), 45 O.R. (2d) 563 .....	152
Mason c. Westside Cemeteries Ltd. ....	(1996), 135 D.L.R. (4th) 361 .....	563
McAteer c. Canada (Attorney General) .....	2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1 .....	1085
McDermott c. Ramadanovic Estate .....	(1988), 27 B.C.L.R. (2d) 45 .....	563
McIsaac c. Healthy Body Services Inc. ....	2009 BCSC 1716 .....	855
McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission) .....	2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 ...	728, 982
McLoughlin c. O'Brian .....	[1983] 1 A.C. 410 .....	556
Medeiros c. St-Louis .....	[2002] R.D.I. 352 .....	432
Mercedes Benz A.G. c. Leiduck .....	[1996] 1 A.C. 284 .....	851
Mills c. La Reine .....	[1986] 1 R.C.S. 863 .....	23
Miner c. Canadian Pacific Railway Co. ....	(1911), 18 W.L.R. 476 .....	556
Minister of National Revenue c. Armstrong .....	[1956] R.C.S. 446 .....	1004
Mitchell c. Rahman .....	2002 MBCA 19, 163 Man. R. (2d) 87 .....	320, 351
Momentous.ca Corp. c. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd. ....	2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467 .....	769
Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc. ....	2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141 ...	436, 983



INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Moon c. Golden Bear Mining Ltd. ....	2012 BCSC 829 .....	1053
Mooney c. Orr .....	(1994), 98 B.C.L.R. (2d) 318 .....	844
Moore c. Colombie-Britannique (Éducation) .....	2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360 ....	606, 625
Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature) .....	2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249 .....	384
Morel c. Canada .....	2008 CAF 53, [2009] 1 R.C.F. 629 .....	489
Morguard Investments Ltd. c. De Savoye .....	[1990] 3 R.C.S. 1077 .....	821
Morier c. Rivard .....	[1985] 2 R.C.S. 716 .....	32, 54
Morin c. Canadian Home Assurance Co. ....	[1970] R.C.S. 561 .....	581
Morin c. Québec (Ville de) .....	2009 QCCS 3202 .....	316
Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville) .....	2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3 .....	630
Mustapha c. Culligan of Canada Ltd. ....	(2006), 84 O.R. (3d) 457 .....	557
Mustapha c. Culligan du Canada Ltée .....	2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114 .....	550
Myers c. Elman .....	[1940] A.C. 282 .....	490
<b>N</b>		
Nanef c. Con-Crete Holdings Ltd. ....	(1995), 23 O.R. (3d) 481 .....	1051
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) .....	2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 .....	1080, 1112
Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique .....	2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257 .....	1091, 1116
National Commercial Bank of Jamaica Ltd. c. Olint Corp. ....	[2009] 1 W.L.R. 1405 .....	859
Nelles c. Ontario .....	[1989] 2 R.C.S. 170 .....	27, 76
Neveu c. Compagnie d'assurance Victoria du Canada .....	(1989), 30 C.A.Q. 97 .....	342
Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor) .....	2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 .....	610
Noiseux c. Savio .....	(1982), 27 R.P.R. 179 .....	424
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera .....	2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551 .....	127
Nord Resources Corp. c. Nord Pacific Ltd. ....	2003 NBQB 213, 37 B.L.R. (3d) 115 .....	798
Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners .....	[1974] A.C. 133 .....	842, 858
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin .....	2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 .....	649
Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général) .....	2010 CSC 65, [2010] 3 R.C.S. 648 .....	29
<b>O</b>		
Ocean Harvesters Ltd. c. Quinlan Brothers Ltd. ....	[1975] 1 R.C.S. 684 .....	154
Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) .....	2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781 .....	1114
Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc. ....	2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147 .....	34
Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation .....	[1991] 2 R.C.S. 570 .....	501
Ontario (Procureur général) c. Fraser .....	2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3 .....	822, 1001
Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec .....	[1981] 2 R.C.S. 113 .....	589
<b>P</b>		
Pacific Mobile Corporation c. Hunter Douglas Canada Ltd. ....	[1979] 1 R.C.S. 842 .....	490
Pacific Press c. British Columbia (Attorney General) .....	2000 BCSC 248, 73 B.C.L.R. (3d) 264 .....	112
Page c. Smith .....	[1996] 1 A.C. 155 .....	557

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Parizeau c. Lalonde .....	2014 QCCQ 11332 .....	588
Parkin c. Thorold .....	(1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698 .....	854
Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire) .....	2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639 .....	29
Parry c. Cleaver .....	[1970] A.C. 1 .....	133
Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324 .....	2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157 .....	179
Pearl c. Genra Canada Investments Inc. ....	[1998] R.L. 581 .....	490
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba .....	[1991] 2 R.C.S. 869 .....	374
Percé (Ville) c. Roy .....	1995 CanLII 4974 .....	585
Periard c. Ville de Sept-Îles .....	[1985] I.L.R. ¶1-1963 .....	342
Pett c. Greyhound Racing Assn., Ltd. ....	[1968] 2 All E.R. 545 .....	397
Pfizer Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC .....	2011 CF 547 .....	956
Pinch c. Hofstee .....	2015 BCSC 1888 .....	572
Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets) .....	[1989] 1 R.C.S. 1623 .....	959
Plouffe c. Roy .....	2007 CanLII 37693 .....	855
Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc. ....	2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500 .....	1090, 1115
Première Nation des Chippewas de la Thames c. Pipelines Enbridge Inc. ....	2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96 .....	1085
Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet) .....	2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550 .....	1081
Preymann c. Ayus Technology Corp. ....	2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391 .....	772, 803
Productions Pram inc. c. Lemay .....	[1992] R.J.Q. 1738 .....	307, 330
Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard .....	2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245 .....	127
<b>Q</b>		
Qikiqtani Inuit Assn. c. Canada (Minister of Natural Resources) .....	2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263 .....	1093
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation) .....	2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789 ...	609, 617, 625
Québec (Procureur général) c. A .....	2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61 .....	616
Québec (Procureur général) c. Bélanger .....	2012 QCCA 1669, 4 M.P.L.R. (5th) 21 .....	502
Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie) ...	[1994] 1 R.C.S. 159 .....	1090, 1114
Québec (Procureur général) c. Cronier .....	(1981), 23 C.R. (3d) 97 .....	487
Québec (Société de l'assurance automobile) c. Viger .....	[2000] R.J.Q. 2209 .....	312
Quinlan c. Safe International Försäkrings AB .....	[2005] FCA 1362 .....	774
<b>R</b>		
R. c. 974649 Ontario Inc. ....	2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 ...	468, 492
R. c. Abbey .....	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330 .....	181
R. c. Abbey .....	2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301 .....	909

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Aberdeen .....	2006 ABCA 164, 384 A.R. 395 .....	47
R. c. Adjei .....	2013 ONCA 512, 309 O.A.C. 328 .....	930
R. c. Allen .....	2001 NFCA 44, 158 C.C.C. (3d) 225 .....	269
R. c. Anderson .....	2013 QCCA 2160, 9 C.R. (7th) 203 .....	986
R. c. Anderson .....	2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167 .....	489
R. c. Anoussis .....	2008 QCCQ 8100, 242 C.C.C. (3d) 113 .....	525
R. c. Aucoin .....	2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408 .....	245
R. c. B. (K.G.) .....	[1993] 1 R.C.S. 740 .....	878, 908
R. c. Baldree .....	2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520 .....	878, 906
R. c. Baltovich .....	(2000), 47 O.R. (3d) 761 .....	272
R. c. Béland .....	[1987] 2 R.C.S. 398 .....	191
R. c. Bernard .....	[1988] 2 R.C.S. 833 .....	822, 1006
R. c. Bernshaw .....	[1995] 1 R.C.S. 254 .....	1006
R. c. Blackman .....	(2006), 84 O.R. (3d) 292 .....	915
R. c. Blackman .....	2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298 .....	881, 907
R. c. Brost .....	2012 ABQB 696, 552 A.R. 140 .....	534
R. c. Brown .....	(1974), 21 C.C.C. (2d) 575 .....	540
R. c. Bryan .....	2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527 .....	118
R. c. Buhay .....	2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631 .....	228
R. c. Carrier .....	2012 QCCA 594 .....	500
R. c. Carroll .....	1999 BCCA 65, 118 B.C.A.C. 219 .....	937
R. c. Carroll .....	2014 ONCA 2, 304 C.C.C. (3d) 252 .....	909
R. c. Charette .....	2009 ONCA 310, 94 O.R. (3d) 721 .....	997
R. c. Charette .....	2009 ONCA 310, 243 C.C.C. (3d) 480 .....	986
R. c. Ciarniello .....	(2006), 81 O.R. (3d) 561 .....	493
R. c. Cole .....	2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34 .....	245
R. c. Collins .....	[1987] 1 R.C.S. 265 .....	988
R. c. Conway .....	2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765 .....	1089, 1116
R. c. Corbett .....	[1988] 1 R.C.S. 670 .....	937
R. c. Couture .....	2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517 .....	880, 907
R. c. Cunningham .....	2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331 .....	491
R. c. D.A. ....	2014 ONSC 2166, [2014] O.J. No. 2059 (QL) .....	540
R. c. D.D. ....	2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275 .....	181
R. c. D'Amico .....	2016 QCCA 183 .....	262
R. c. Delisle .....	2012 QCCA 1250 .....	270
R. c. Deruelle .....	[1992] 2 R.C.S. 663 .....	979, 1003
R. c. Devine .....	2008 CSC 36, [2008] 2 R.C.S. 283 .....	907
R. c. Dixon .....	[1998] 1 R.C.S. 244 .....	673
R. c. Dragos .....	2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481 .....	1028
R. c. Duran .....	2013 ONCA 343, 3 C.R. (7th) 274 .....	1028
R. c. Dymment .....	[1988] 2 R.C.S. 417 .....	782
R. c. E.M.W. ....	2011 CSC 31, [2011] 2 R.C.S. 542 .....	553
R. c. Erickson .....	2003 BCCA 693, 192 B.C.A.C. 203 .....	226, 240
R. c. Farinacci .....	(1993), 86 C.C.C. (3d) 32 .....	262
R. c. Fearon .....	2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621 .....	245
R. c. Feeney .....	[1997] 2 R.C.S. 13 .....	223, 240

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Flegel .....	(1971), 5 C.C.C. (2d) 155 .....	1002
R. c. Folkes .....	2007 ABQB 624, 430 A.R. 266 .....	537
R. c. Forsyth .....	(1973), 15 C.C.C. (2d) 23 .....	984
R. c. Forsythe .....	2009 MBCA 123, 250 C.C.C. (3d) 90 .....	986
R. c. G. (C.A.) .....	2014 ABQB 119, 306 C.R.R. (2d) 288 .....	540
R. c. G.D.B. ....	2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520 .....	495
R. c. Garrington .....	[1973] 1 O.R. 370 .....	534
R. c. Gashikanyi .....	2015 ABCA 1, 588 A.R. 386 .....	1028
R. c. Gill .....	2015 SKCA 96, 465 Sask. R. 253 .....	262
R. c. Goodstoney .....	2007 ABCA 88, 218 C.C.C. (3d) 270 .....	915
R. c. Grant .....	[1993] 3 R.C.S. 223 .....	223, 240
R. c. Grant .....	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 .....	227
R. c. Graveline .....	2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609 .....	1029
R. c. Gunn .....	2003 ABQB 314, 335 A.R. 137 .....	504
R. c. Hall .....	2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309 .....	267, 523
R. c. Hamilton .....	2011 ONCA 399, 271 C.C.C. (3d) 208 .....	909
R. c. Handy .....	2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908 .....	496
R. c. Harrison .....	2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494 .....	228
R. c. Hart .....	2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544 .....	875, 909
R. c. Hawkins .....	[1996] 3 R.C.S. 1043 .....	880, 908
R. c. Hebert .....	[1990] 2 R.C.S. 151 .....	215
R. c. Henry .....	2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 .....	822, 1001
R. c. Hodgson .....	[1998] 2 R.C.S. 449 .....	214
R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée .....	2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45 .....	38, 66
R. c. Iyer .....	2016 ABCA 407 .....	262
R. c. J.-L.J. ....	2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600 .....	181, 189
R. c. J.M.H. ....	2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197 .....	1029
R. c. Joannis .....	(1995), 102 C.C.C. (3d) 35 .....	495
R. c. Jordan .....	2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631 .....	503, 664, 988
R. c. K. (R.A.) .....	(1996), 106 C.C.C. (3d) 93 .....	1028
R. c. Kapp .....	2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483 .....	1081
R. c. Keegstra .....	[1990] 3 R.C.S. 697 .....	103
R. c. Khan .....	[1990] 2 R.C.S. 531 .....	890, 907
R. c. Khela .....	2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104 .....	895
R. c. Khelawon .....	2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787 .....	877, 906
R. c. Kimberley .....	(2001), 56 O.R. (3d) 18 .....	941
R. c. Kutynec .....	(1992), 7 O.R. (3d) 277 .....	675
R. c. Lees .....	1999 BCCA 441, 127 B.C.A.C. 280 .....	271
R. c. Liberatore .....	2010 NSCA 26, 292 N.S.R. (2d) 69 .....	490
R. c. Lilgert .....	2014 BCCA 493, 16 C.R. (7th) 346 .....	47
R. c. Lowe .....	2009 BCCA 338, 274 B.C.A.C. 92 .....	913
R. c. M. (N.) .....	(2007), 223 C.C.C. (3d) 417 .....	241
R. c. MacDonald .....	(1974), 22 C.C.C. (2d) 350 .....	989
R. c. MacDonald .....	2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37 .....	223
R. c. MacKenzie .....	2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250 .....	217
R. c. Maccooh .....	[1993] 2 R.C.S. 802 .....	223
R. c. Manasseri .....	2013 ONCA 647, 312 C.C.C. (3d) 132 .....	262

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Mapara .....	2001 BCCA 508, 158 C.C.C. (3d) 312 .....	273
R. c. Marshall .....	2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220 .....	157
R. c. Mastel .....	2011 SKCA 16, 84 C.R. (6th) 405 .....	1035
R. c. Matteo .....	2016 QCCA 2046 .....	263
R. c. McGuffie .....	2016 ONCA 365, 348 O.A.C. 365 .....	232
R. c. McNamara (No. 1) .....	(1981), 56 C.C.C. (2d) 193 .....	912
R. c. McNeil .....	2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66 .....	261, 666
R. c. Meda .....	(1981), 23 C.R. (3d) 174 .....	271
R. c. Mohan .....	[1994] 2 R.C.S. 9 .....	177, 188
R. c. Morales .....	[1992] 3 R.C.S. 711 .....	527
R. c. Morin .....	[1988] 2 R.C.S. 345 .....	1036
R. c. Morin .....	[1992] 1 R.C.S. 771 .....	664
R. c. Morrisey .....	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193 .....	1031
R. c. Moser .....	(1992), 7 O.R. (3d) 737 .....	989
R. c. Noël .....	2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433 .....	937
R. c. Oakes .....	[1986] 1 R.C.S. 103 .....	117, 538
R. c. Oickle .....	2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3 .....	191
R. c. Olsen .....	(1996), 94 O.A.C. 62 .....	271
R. c. Omeasoo .....	2013 ABPC 328, 576 A.R. 357 .....	540
R. c. Orbanski .....	2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3 .....	219
R. c. Orchard .....	[1971] 1 W.W.R. 535 .....	1002
R. c. Osborne .....	(1992), 17 C.R. (4th) 350 .....	1028
R. c. P. (L.T.) .....	(1997), 113 C.C.C. (3d) 42 .....	1028
R. c. Parsons .....	(1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 69 .....	263
R. c. Passey .....	1997 ABCA 343, 121 C.C.C. (3d) 444 .....	262
R. c. Paszczenko .....	2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424 .....	987
R. c. Patko .....	2005 BCCA 183, 197 C.C.C. (3d) 192 .....	540
R. c. Pearson .....	[1992] 3 R.C.S. 665 .....	526
R. c. Phillips .....	(1988), 42 C.C.C. (3d) 150 .....	987
R. c. Plamondon .....	(1997), 121 C.C.C. (3d) 314 .....	989
R. c. Plummer .....	(2006), 83 O.R. (3d) 528 .....	990
R. c. Ponak .....	[1972] 4 W.W.R. 316 .....	262
R. c. Porisky .....	2012 BCCA 467, 293 C.C.C. (3d) 100 .....	263
R. c. Post .....	2007 BCCA 123, 217 C.C.C. (3d) 225 .....	941
R. c. R. (D.) .....	[1996] 2 R.C.S. 291 .....	889
R. c. R. (T.) .....	2007 ONCA 374, 85 O.R. (3d) 481 .....	913
R. c. Redhead .....	2006 ABCA 84, 384 A.R. 206 .....	47
R. c. Rhyason .....	2006 ABCA 120, 208 C.C.C. (3d) 193 .....	268
R. c. Roe .....	2008 BCCA 253, 256 B.C.A.C. 308 .....	271
R. c. Roussin .....	2011 MBCA 103, 275 Man. R. (2d) 46 .....	268
R. c. Rowan .....	2011 ONSC 7362 .....	537
R. c. S. (R.J.) .....	[1995] 1 R.C.S. 451 .....	215
R. c. S. (S.) .....	2008 ONCA 140, 232 C.C.C. (3d) 158 .....	939
R. c. Salah .....	2015 ONCA 23, 319 C.C.C. (3d) 373 .....	896
R. c. Salituro .....	[1991] 3 R.C.S. 654 .....	775
R. c. Sappier .....	2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686 .....	20
R. c. Saunter .....	2006 ABQB 808 .....	534
R. c. Searle .....	2006 NBCA 118, 308 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 216 .....	1006

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Sekhon .....	2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272 .....	84, 181
R. c. Shepherd .....	2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527 .....	987
R. c. Showell .....	[1971] 3 O.R. 460 .....	1002
R. c. Sidhu .....	2015 ABCA 308, 607 A.R. 395 .....	263
R. c. Silveira .....	[1995] 2 R.C.S. 297 .....	223, 241
R. c. Smith .....	[1992] 2 R.C.S. 915 .....	881
R. c. Smith .....	(1999), 133 Man. R. (2d) 89 .....	490
R. c. Smith .....	2003 SKCA 8, 171 C.C.C. (3d) 383 .....	522
R. c. Smith .....	2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146 .....	896, 930
R. c. Soules .....	2011 ONCA 429, 105 O.R. (3d) 561 .....	219
R. c. Spencer .....	2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212 .....	245
R. c. St-Cloud .....	2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328 .....	272, 523
R. c. St-Onge Lamoureux .....	2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187 .....	987
R. c. Starr .....	2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144 .....	883
R. c. Stirling .....	2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272 .....	933
R. c. Tannas .....	2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166 .....	1028
R. c. Tash .....	2013 ONCA 380, 306 O.A.C. 173 .....	941
R. c. Trang .....	2002 ABQB 744, 323 A.R. 297 .....	492
R. c. Trochym .....	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239 .....	190
R. c. U. (F.J.) .....	[1995] 3 R.C.S. 764 .....	880, 909
R. c. Vanderbruggen .....	(2006), 206 C.C.C. (3d) 489 .....	984
R. c. Vu .....	2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657 .....	245
R. c. Vukelich .....	(1996), 108 C.C.C. (3d) 193 .....	675
R. c. Ware .....	(1975), 30 C.R.N.S. 308 .....	984
R. c. Williamson .....	2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741 .....	685
R. c. Wray .....	[1970] 2 O.R. 3 .....	1002
R. c. Wray .....	[1971] R.C.S. 272 .....	999
R. c. Xanthoudakis .....	2016 QCCA 1809 .....	262
R. c. Youvarajah .....	2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720 .....	879, 907
R. c. Zeolkowski .....	[1989] 1 R.C.S. 1378 .....	339
R. c. Zundel .....	[1992] 2 R.C.S. 731 .....	103
R.C. c. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2007 QCTAQ 08233, 2007 CanLII 40372 ...	310
Ratych c. Bloomer .....	[1990] 1 R.C.S. 940 .....	133
Re 9022-8818 Québec inc. ....	2005 QCCA 275 .....	582
Re Application of Abitibi Co. ....	(1982), 62 C.P.R. (2d) 81 .....	964
Re Béland .....	2005 CanLII 24349 .....	440, 466
Re Gagné .....	2009 QCCS 6064 .....	440, 466
Re Montmagny (Ville) .....	2005 CanLII 11604 .....	440, 466
Redland Bricks Ltd. c. Morris .....	[1970] A.C. 652 .....	859
Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd. ....	[1997] 1 R.C.S. 32 .....	731
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles .....	[1978] 2 R.C.S. 1198 .....	1006
Republic of Haiti c. Duvalier .....	[1990] 1 Q.B. 202 .....	844
Rhodes c. Canadian National Railway .....	(1990), 75 D.L.R. (4th) 248 .....	558
Rilling c. La Reine .....	[1976] 2 R.C.S. 183 .....	974, 991
Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani .....	2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 .....	1081, 1113

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 R.C.S. 27 ..... 105, 222, 349, 375, 436, 453, 740, 983, 1004	
RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) .....	[1994] 1 R.C.S. 311 .....	839, 850
Rodaro c. Royal Bank of Canada .....	(2002), 59 O.R. (3d) 74 .....	553, 1067
Ross River Dena Council c. Yukon .....	2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100 .....	1082
Rothman c. La Reine .....	[1981] 1 R.C.S. 640 .....	215
Roy c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec .....	2009 QCCA 459 .....	590
Royer c. Mignault .....	[1988] R.J.Q. 670 .....	34
Rudder c. Microsoft Corp. ....	(1999), 2 C.P.R. (4th) 474 .....	806
<b>S</b>		
S.F. c. Québec (Société de l'assurance automobile) .....	2011 QCTAQ 08760, 2011 CanLII 71337 ...	312
Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc. ....	2009 CF 676 .....	957
Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott .....	2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467 .....	639
Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp. ....	2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633 .....	697
Schooff c. British Columbia (Medical Services Commission) .....	2010 BCCA 396, 323 D.L.R. (4th) 680 .....	855
ScotiaMcLeod Inc. c. Peoples Jewellers Ltd. ....	(1995), 26 O.R. (3d) 481 .....	1055
Seaward c. Paterson .....	[1897] 1 Ch. 545 .....	841, 857
Segal c. Blatt .....	2007 QCCS 1488 .....	1057
Seidel c. TELUS Communications Inc. ....	2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531 .....	777
Seweryn c. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Com- pensation) .....	2016 ABCA 239 .....	47
Sherren c. Pearson .....	(1887), 14 R.C.S. 581 .....	155
Shewchuk-Dann c. Assn. of Social Workers (Alberta) .....	(1996), 38 Admin. L.R. (2d) 19 .....	382
Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. c. Elta Group Inc. ....	(1998), 40 O.R. (3d) 563 .....	1057
Sirros c. Moore .....	[1975] 1 Q.B. 118 .....	32, 73
Slaight Communications Inc. c. Davidson .....	[1989] 1 R.C.S. 1038 .....	179
Smith c. Alliance Pipeline Ltd. ....	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 .....	742
Smith c. Ritchie .....	2009 ABCA 373 .....	1062
Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc. ....	2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 .....	222
Somersall c. Friedman .....	2002 CSC 59, [2002] 3 R.C.S. 109 .....	128
Spicer c. Bowater Mersey Paper Co. ....	2004 NSCA 39, 222 N.S.R. (2d) 103 .....	152
Spiller c. Brown .....	(1973), 43 D.L.R. (3d) 140 .....	855
St-Jean c. Mercier .....	[1998] J.Q. n° 234 (QL) .....	318
St-Jean c. Mercier .....	[1999] R.J.Q. 1658 .....	319
St-Jean c. Mercier .....	2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491 ...	319, 355, 501
St-Jean c. Mercier .....	C.S.C., n° 27515, 15 janvier 2001 (Bulletin des procédures, 19 janvier 2001, p. 94-95) .....	318
Stern c. Imasco Ltd. ....	(1999), 1 B.L.R. (3d) 198 .....	1063
Straus c. Decaire .....	2007 ONCA 854 .....	774
Stubbs c. ATS Applied Tech Systems Inc. ....	2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386 .....	774
Succession Odhavji c. Woodhouse .....	2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263 .....	69, 553
Sutherland c. Hatton .....	[2002] EWCA Civ 76, [2002] 2 All E.R. 1 ...	565
Sylviculture et exploitation J.M.J. inc. c. Mayer Hill .....	2012 QCCA 1377 .....	439

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>T</b>		
Takefman c. Golden Hope Mines Ltd. ....	2015 QCCS 4947 .....	798
Tame c. New South Wales .....	[2002] HCA 35, 211 C.L.R. 317 .....	558
Taraschuk c. La Reine .....	[1977] 1 R.C.S. 385 .....	990
Taylor c. Canada (Procureur général) .....	[2000] 3 C.F. 298 .....	33, 54, 73
TCR Holding Corp. c. Ontario .....	2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175 .....	775
Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters .....	2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321 ....	769, 804
Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie) .....	2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69 .....	799, 810
Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc. ....	2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625 .....	955
The « Bergen » (No. 2) .....	[1997] 2 Lloyd's Rep. 710 .....	774
The Bremen c. Zapata Off-Shore Co. ....	407 U.S. 1 (1972) .....	810
The « Eleftheria » .....	[1969] 1 Lloyd's Rep. 237 .....	772, 789, 811
The Fehmarn .....	[1958] 1 All E.R. 333 .....	771
The Queen c. Lincoln Mining Syndicate Ltd. ....	[1959] R.C.S. 736 .....	145
Themadel Foundation c. Third Canadian General Investment Trust Ltd. ....	(1998), 38 O.R. (3d) 749 .....	1062
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général) .....	[1998] 1 R.C.S. 877 .....	118
Tolofson c. Jensen .....	[1994] 3 R.C.S. 1022 .....	821
Toronto Railway Co. c. Toms .....	(1911), 44 R.C.S. 268 .....	561
Town Investments Ltd. c. Department of the Environment .....	[1978] A.C. 359 .....	1085
Trackcom Systems International Inc. c. Trackcom Systems Inc. ....	2014 QCCA 1136 .....	502, 1064
TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township) .....	(2000), 186 D.L.R. (4th) 403 .....	47
Tweedie c. The King .....	(1915), 52 R.C.S. 197 .....	161
<b>U</b>		
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général) .....	[1992] 1 R.C.S. 901 .....	491
United States of America c. Robertson .....	2013 BCCA 284, 339 B.C.A.C. 199 .....	534
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville) .....	2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485 .....	375
<b>V</b>		
van Soest c. Residual Health Management Unit .....	[1999] NZCA 206, [2000] 1 N.Z.L.R. 179 ....	564
Vancouver (Ville) c. Ward .....	2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28 ....	23, 58, 67
Vanek c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada .....	(1999), 48 O.R. (3d) 228 .....	564
Vetrovec c. La Reine .....	[1982] 1 R.C.S. 811 .....	874
Viroforce Systems Inc. c. R & D Capital Inc. ....	2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570 ....	770, 805
Vita Food Products, Inc. c. Unus Shipping Co. ....	[1939] A.C. 277 .....	785
<b>W</b>		
Waddell c. Governor in Council .....	(1983), 8 Admin. L.R. 266 .....	390
Waiser c. Deahy Medical Assessments Inc. ....	(2006), 14 B.L.R. (4th) 317 .....	1054
Walls c. Lewis .....	(2009), 97 O.R. (3d) 16 .....	1054
Warner-Lambert Co. c. Actavis Group PTC EHF .....	[2015] EWHC 485 (Pat.), 144 B.M.L.R. 194 .....	842



INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Welex A.G. c. Rosa Maritime Limited (The « Epsilon Rosa ») .....	[2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 Lloyd's Rep. 509 .....	774
Wells c. Terre-Neuve .....	[1999] 3 R.C.S. 199 .....	573
West Moberly First Nations c. British Columbia (Chief Inspector of Mines) .....	2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234 ...	1118
Westmount (Ville) c. Rossy .....	2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136 ...	307, 326
Whirlpool Corp. c. Camco Inc. ....	2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 .....	957
White c. Chief Constable of South Yorkshire Police .....	[1999] 2 A.C. 455 .....	557
White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co. ....	2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182 ...	180, 192
Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée .....	2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770 .....	736
Wood c. LeBlanc .....	(1904), 34 R.C.S. 627 .....	155
<b>Y</b>		
York University c. Bell Canada Enterprises .....	(2009), 311 D.L.R. (4th) 755 .....	842
Young c. Borzoni .....	2007 BCCA 16, 277 D.L.R. (4th) 685 .....	564
Young c. Young .....	[1993] 4 R.C.S. 3 .....	489, 504
<b>Z</b>		
Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V. ....	2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450 ...	768, 787, 803
Zawadzki c. Calimoso .....	2011 BCSC 45 .....	573
Zi Corp. c. Steinberg .....	2006 ABQB 92, 396 A.R. 157 .....	797



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
<i>Alberta Rules of Court</i> , Alta. Reg. 124/2010		<i>Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act</i> , S.B.C. 2003, c. 28	
r. 10.52(3)(a)(iii) .....	470	s. 11 .....	751
<i>Arbitration Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 55		<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
s. 31 .....	688	s. 150.1(4) .....	1021
<i>Automobile Insurance Act</i> , CQLR, c. A-25		s. 254(3.1) .....	170
s. 1 “accident”, “damage caused by an automobile” .....	283	s. 258(1)(c) .....	967
s. 83.57 .....	283	s. 258(1)(g) .....	967
		s. 515(2)(e) .....	509
		s. 679(3)(c) .....	250
		s. 680(1) .....	250
<b>C</b>			
<i>Canada Business Corporations Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-44		<b>E</b>	
s. 241(3) .....	1037	<i>Election Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 106	
<i>Canada Oil and Gas Operations Act</i> , R.S.C. 1985, c. O-7		s. 228 “election advertising” .....	93
s. 5(1)(b) .....	1069	s. 229 .....	93
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 239 .....	93
s. 1 .....	93	<i>Energy Resources Conservation Act</i> , R.S.A. 2000, c. E-10	
s. 2(b) .....	93	s. 43 .....	3
s. 8 .....	202	<i>Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations</i> , SOR/2008-196 ....	170
s. 11(d) .....	659	<b>F</b>	
s. 11(e) .....	509	<i>Forestry Revitalization Act</i> , S.B.C. 2003, c. 17	
s. 11(f) .....	196, 199	s. 6(4) .....	688
s. 24(1) .....	3	<b>H</b>	
s. 24(2) .....	202	<i>Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act</i> , R.S.A. 2000, c. H-14	
<i>Civil Code of Québec</i>		s. 7(1) .....	591
art. 922 .....	402	<b>L</b>	
art. 2402 .....	358	<i>Legal Profession Act</i> , C.C.S.M., c. L107 .....	360
art. 2880 para. 2 .....	575		
art. 2910 .....	402		
art. 2918 .....	402		
<i>Constitution Act, 1982</i>			
s. 35(1) .....	1069		
<i>Controlled Drugs and Substances Act</i> , S.C. 1996, c. 19			
s. 11(7) .....	202		

	PAGE		PAGE
<b>N</b>		<b>S</b>	
<i>National Energy Board Act</i> , R.S.C. 1985, c. N-7		<i>Securities Act</i> , R.S.A. 2000, c. S-4	
s. 58 .....	1099	s. 194 .....	196, 199
<b>P</b>			
<i>Patent Act</i> , R.S.C. 1985, c. P-4			
s. 2 “invention” .....	943		
<i>Privacy Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 373			
s. 4 .....	751		

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
<i>Alberta Rules of Court</i> , Alta. Reg. 124/2010		art. 229 .....	93
art. 10.52(3)(a)(iii) .....	470	art. 239 .....	93
<i>Arbitration Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 55		<i>Energy Resources Conversation Act</i> , R.S.A. 2000, c. E-10	
art. 31 .....	688	art. 43 .....	3
<b>C</b>			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<b>F</b>	
art. 1 .....	93	<i>Forestry Revitalization Act</i> , S.B.C. 2003, c. 17	
art. 2b) .....	93	art. 6(4) .....	688
art. 8 .....	202	<b>H</b>	
art. 11d) .....	659	<i>Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act</i> , R.S.A. 2000, c. H-14	
art. 11e) .....	509	art. 7(1) .....	591
art. 11f) .....	196, 199	<b>L</b>	
art. 24(1) .....	3	<i>Loi canadienne sur les sociétés par actions</i> , L.R.C. 1985, c. C-44	
art. 24(2) .....	202	art. 241(3) .....	1037
<i>Code civil du Québec</i>		<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	
art. 922 .....	402	art. 35(1) .....	1069
art. 2402 .....	358	<i>Loi réglementant certaines drogues et autres substances</i> , L.C. 1996, c. 19	
art. 2880 al. 2 .....	575	art. 11(7) .....	202
art. 2910 .....	402	<i>Loi sur l'assurance automobile</i> , RLRQ, c. A-25	
art. 2918 .....	402	art. 1 « accident », « préjudice causé par une automobile » .....	283
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, c. C-46		art. 83.57 .....	283
art. 150.1(4) .....	1021	<i>Loi sur l'Office national de l'énergie</i> , L.R.C. 1985, c. N-7	
art. 254(3.1) .....	170	art. 58 .....	1099
art. 258(1c) .....	967	<i>Loi sur la profession d'avocat</i> , C.P.L.M., c. L107 .....	360
art. 258(1g) .....	967	<i>Loi sur les brevets</i> , L.R.C. 1985, c. P-4	
art. 515(2e) .....	509	art. 2 « invention » .....	943
art. 679(3c) .....	250		
art. 680(1) .....	250		
<i>Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act</i> , S.B.C. 2003, c. 28			
art. 11 .....	751		
<b>E</b>			
<i>Election Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 106			
art. 228 « election advertising » (publicité électorale) .....	93		

	PAGE		PAGE
<b>S</b>			
<i>Loi sur les opérations pétrolières au Canada,</i> L.R.C. 1985, c. O-7 art. 5(1)b) .....	1069	<i>Securities Act</i> , R.S.A. 2000, c. S-4 art. 194 .....	196, 199
<b>P</b>			
<i>Privacy Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 373 art. 4 .....	751		
<b>R</b>			
<i>Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool)</i> , DORS/ 2008-196 .....	170		

## AUTHORS CITED

---

### DOCTRINE ET AUTRES DOCUMENTS CITÉS

	PAGE
Akhtar, Suhail. “Hearsay: The Denial of Confirmation” (2005), 26 C.R. (6th) 46. ....	889, 912
Alberta. Ministry of Energy. <i>2005-2006 Annual Report</i> . Edmonton: The Ministry, 2006. ....	17
American Psychiatric Association. <i>Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders</i> , 5th ed. Arlington, Va.: American Psychiatric Association, 2013. ....	565
American Psychiatric Association. <i>Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux</i> , 5 <sup>e</sup> éd., coord. gén. de la trad. : Marc-Antoine Crocq et Julien Daniel Guelfi, Issy-les-Moulineaux (Fr.), Elsevier Masson, 2015. ....	565
<i>Anger &amp; Honsberger Law of Real Property</i> , 3rd ed., by Anne Warner La Forest, ed. Toronto: Canada Law Book, 2016 (loose-leaf updated September 2016, release 16). ....	151
Association canadienne des libertés civiles et le Fidéicommissaire canadien d’éducation en libertés civiles. <i>Set Up to Fail : Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention</i> , by Abby Deshman and Nicole Myers, 2014 (en ligne). ....	537
Barreau du Québec. <i>Guide sur les dispenses de l’obligation de formation continue</i> , édité en mars 2015, p. 10 (en ligne). ....	396
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 7 <sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013. ....	441, 582
Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. <i>La responsabilité civile</i> , 8 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014. ....	310, 343, 581
Bean, David, Andrew Burns and Isabel Parry. <i>Injunctions</i> , 11th ed. London: Sweet & Maxwell, 2012. ....	857
Beever, Allan. <i>Rediscovering the Law of Negligence</i> . Oxford: Hart, 2007. ....	557
Bélanger-Hardy, Louise. “Reconsidering the ‘Recognizable Psychiatric Illness’ Requirement in Canadian Negligence Law” (2013), 38 <i>Queen’s L.J.</i> 583. ....	556
Bélanger-Hardy, Louise. “Thresholds of Actionable Mental Harm in Negligence: A Policy-Based Analysis” (2013), 36 <i>Dal. L.J.</i> 103. ....	565
Belleau, Claude. <i>L’assurance automobile sans égard à la responsabilité : historique et bilan de l’expérience québécoise</i> , Sainte-Foy (Qc), Publications du Québec, 1998. ....	305
Benedet, Janine. Annotation to <i>R. v. Mastel</i> (2011), 84 C.R. (6th) 405. ....	1035
Benedet, Janine. Comment on <i>R. v. Tannas</i> (2015), 21 C.R. (7th) 166. ....	1028
Benson, Peter. “Radin on Consent and Fairness in Consumer Boilerplate: A Brief Comment” (2013), 54 <i>Can. Bus. L.J. / Rev. can. dr. comm.</i> 282. ....	792

	PAGE
Berryman, Jeffrey. <i>The Law of Equitable Remedies</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013. ....	859
Bigot de Préameneu, Félix Julien Jean. « Motifs exposés au Corps législatif sur la loi, titre XX, livre III du Code civil, relative à la Prescription », dans <i>Recueil des lois composant le Code civil</i> , vol. 9, Paris, Rondonneau, 1804, 26. ....	419
Billingsley, Barbara. <i>General Principles of Canadian Insurance Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. ....	137
Black, Vaughan, and Edward Babin. “Mareva Injunctions in Canada: Territorial Aspects” (1997), 28 <i>Can. Bus. L.J. / Rev. can. dr. comm.</i> 430. ....	843
Braucher, Jean. “Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State” (2007), 45 <i>Can. Bus. L.J. / Rev. can. dr. comm.</i> 382. ....	800
British Columbia. Chief Electoral Officer. “Report of the Chief Electoral Officer on Recommendations for Legislative Change”. Victoria: Elections BC, April 2010 (online). ....	104
British Columbia. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 13, No. 6, 4th Sess., 37th Parl., March 27, 2003, p. 5682. ....	734, 741
British Columbia. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 21, No. 16, 4th Sess., 35th Parl., June 27, 1995, pp. 16240-41. ....	110
Brochu, François. « Critique d’une réforme cosmétique en matière de publicité foncière » (2003), 105 <i>R. du N.</i> 761. ....	420, 454
Brochu, François. « Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau <i>Code civil du Québec</i> , et le rôle des principaux intervenants » (1993), 34 <i>C. de D.</i> 949. ....	433
Brochu, François. <i>Mémoire portant sur le Projet de loi n° 35, Loi modifiant le Code civil en matière d’état civil, de successions et de publicité des droits</i> , Commission des institutions, Consultations particulières et auditions publiques, 23 mai 2013. Québec, Collection numérique de la Bibliothèque de l’Assemblée nationale (en ligne). ....	468
Brochu, François. « Nouvelle posologie pour la prescription acquisitive immobilière » (2003), 105 <i>R. du N.</i> 735. ....	427, 461
Brochu, François. « Prescription acquisitive en 2007 » (2008), 110 <i>R. du N.</i> 225. ....	449
Brochu, François. « Prescription acquisitive et publicité des droits » (2005), 107 <i>R. du N.</i> 203. ....	436
Brochu, François. « Prescription acquisitive et publicité des droits » (2006), 108 <i>R. du N.</i> 197. ....	459
Brochu, François. « Revue de jurisprudence 2012 en prescription acquisitive et en publicité des droits » (2013), 115 <i>R. du N.</i> 205. ....	436
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated December 2016, release 4). ....	382, 389
Bryant, Richard A. “Grief as a psychiatric disorder” (2012), 201 <i>Brit. J. Psychiatry</i> 9. ....	567
Canada. Canadian Committee on Corrections. <i>Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections</i> . Ottawa: Queen’s Printer, 1969. ....	524
Canada. Chambre des communes. Comité législatif chargé du projet de loi C-2. <i>Témoignages</i> , n° 3, 2 <sup>e</sup> sess., 39 <sup>e</sup> lég., 31 octobre 2007, p. 7-8. ....	178
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Témoignages</i> , n° 72, 1 <sup>re</sup> sess., 39 <sup>e</sup> lég., 30 mai 2007, p. 1-2. ....	178
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. III, 3 <sup>e</sup> sess., 28 <sup>e</sup> lég., 5 février 1971, p. 3118. ....	525



Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. <i>Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger</i> , Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969. ....	524
Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. <i>Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence</i> . Toronto: Carswell, 1982. ....	215
Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. <i>La preuve au Canada : Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1983. ....	215
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, p. 3118. ....	525
Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-2. <i>Evidence</i> , No. 3, 2nd Sess., 39th Parl., October 31, 2007, pp. 7-8. ....	178
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Evidence</i> , No. 72, 1st Sess., 39th Parl., May 30, 2007, pp. 1-2. ....	178
Canadian Civil Liberties Association and Education Trust. <i>Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention</i> , by Abby Deshman and Nicole Myers, 2014 (online). ....	537
Canadian Judicial Council. <i>Statement of Principles on Self-represented Litigants and Accused Persons</i> , September 2006 (online). ....	472
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004. ....	131
Cantin Cumyn, Madeleine. « Les principaux éléments de la révision des règles de la prescription » (1989), 30 <i>C. de D.</i> 611. ....	421
Carbonnier, Jean. <i>Droit civil</i> , vol. I, Paris, Quadrige/PUF, 2004. ....	430
Cochran, Susan D., et al. “Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the <i>International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)</i> ” (2014), 92 <i>Bull. World Health Organ.</i> 672. ....	566
Code, Michael. “Counsel’s Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System” (2007), 11 <i>Can. Crim. L.R. / Rev. can. D.P.</i> 97. ....	490
<i>Collins Canadian Dictionary</i> . Toronto: HarperCollins, 2010. ....	106, 131
Colombie-Britannique. Chief Electoral Officer. « Report of the Chief Electoral Officer on Recommendations for Legislative Change », Victoria, Elections BC, April 2010 (en ligne). ....	104
Colombie-Britannique. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 21, No. 16, 4th Sess., 35th Parl., June 27, 1995, p. 16240-16241. ....	110
Colombie-Britannique. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)</i> , vol. 13, No. 6, 4th Sess., 37th Parl., March 27, 2003, p. 5682. ....	734, 741
Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada. <i>Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances</i> (en ligne). ....	769
Conseil canadien de la magistrature. <i>Énoncé de principes concernant les plaideurs et les accusés non représentés par un avocat</i> , septembre 2006 (en ligne). ....	472
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1990. ....	349
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991. ....	349

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. ....	303, 337, 429
Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011. ....	303, 337, 429
Deslauriers, Jacques. <i>Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2013. ....	432
Drescher, Jack. "Out of DSM: Depathologizing Homosexuality" (2015), 5 <i>Behav. Sci.</i> 565. ....	566
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ....	105, 344, 740, 980
Dumais, Daniel. « La prescription », dans Collection de droit de l'École du Barreau du Québec, vol. 4, <i>Responsabilité</i> , Montréal, Yvon Blais, 2016, 219. ....	456
Ellinghaus, M. P. "In Defense of Unconscionability" (1969), 78 <i>Yale L.J.</i> 757. ....	791
Farrow, Trevor C. W. <i>Civil Justice, Privatization, and Democracy</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2014. ....	771
Fox, Harold G. <i>The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 1969. ....	959
Fraser, Peter G., John W. Horn and Susan A. Griffin. <i>The Conduct of Civil Litigation in British Columbia</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007 (loose-leaf updated December 2016, release 24). ....	854
Freedman, Robert, and Sarah Hansen. "Aboriginal Rights vs. The Public Interest" prepared for Pacific Business & Law Institute Conference, Vancouver, B.C. (February 26-27, 2009) (online). ....	1091
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Torts in Canada</i> , 3rd ed. by G. H. L. Fridman et al. Toronto: Carswell, 2010. ...	557
Friedland, Martin L. <i>Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1965. ....	524
Friedland, Martin L. "The Bail Reform Act Revisited" (2012), 16 <i>Can. Crim. L.R. / Rev. can. D.P.</i> 315. ....	537
Gardner, Daniel. « L'interprétation de la portée de la Loi sur l'assurance automobile : un éternel recommencement » (2011), 52 <i>C. de D.</i> 167. ....	305
Geist, Michael A. "Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction" (2001), 16 <i>Berkeley Tech. L.J.</i> 1345. ....	815
Gervais, Céline. <i>La prescription</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009. ....	434, 460, 582
Gidrol-Mistral, Gaële. « Publicité des droits et prescription acquisitive : des liaisons dangereuses? » (2016), 46 <i>R.G.D.</i> 303. ....	420, 453
Gray, John E., Margaret Shone and Peter F. Liddle. <i>Canadian Mental Health Law and Policy</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008. ....	558
Hall, Geoff R. <i>Canadian Contractual Interpretation Law</i> , 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016. ....	721, 778
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. <i>Liability of the Crown</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011. ....	54, 1085
Huscroft, Grant. "From Natural Justice to Fairness: Thresholds, Content, and the Role of Judicial Review", in Flood, Colleen M., and Lorne Sossin, eds., <i>Administrative Law in Context</i> , 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 147. ....	382
Irving, Nancy L. <i>Alberta Bail Review: Endorsing a Call for Change</i> , 2016 (online). ....	537
Isaac, Thomas, and Anthony Knox. "The Crown's Duty to Consult Aboriginal People" (2003), 41 <i>Alta. L. Rev.</i> 49. ....	1096

Jacob, I. H. “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 <i>Curr. Leg. Probl.</i> 23. ....	491
Jones, Michael A. “Liability for Psychiatric Damage: Searching for a Path between Pragmatism and Principle”, in Jason W. Neyers, Erika Chamberlain and Stephen G. A. Pitel, eds., <i>Emerging Issues in Tort Law</i> . Oxford: Hart, 2007, 113. ....	566
Joseph, David. <i>Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement</i> , 2nd ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2010. ....	774
Kasirer, Nicholas. « Portalis Now », dans Nicholas Kasirer, dir., <i>Le droit civil, avant tout un style?</i> , Montréal, Thémis, 2003, 1. ....	446
Klar, Lewis N. <i>Tort Law</i> , 5th ed. Toronto: Carswell, 2012. ....	558
Kligman, Robert D. “Judicial Immunity” (2011), 38 <i>Adv. Q.</i> 251. ....	55
Koehnen, Markus. <i>Oppression and Related Remedies</i> , Toronto: Thomson/Carswell, 2004. ....	1053
Koshan, Jennifer. “Under the Influence: Discrimination Under Human Rights Legislation and Section 15 of the Charter” (2014), 3 <i>Can. J. Hum. Rts.</i> 115. ....	641
Lacelle, Laurie. “The Role of Corroborating Evidence in Assessing the Reliability of Hearsay Statements for Substantive Purposes” (1999), 19 C.R. (5th) 376. ....	886
Laflamme, Lucie, Marie Galarneau et Pierre Duchaine. <i>L’examen des titres immobiliers</i> , 4 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014. ....	425
Lafond, Pierre-Claude. <i>Précis de droit des biens</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2007. ....	447
Lambert, Édith. <i>La prescription (Art. 2875 à 2933 C.c.Q.)</i> , coll. Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014. ....	461
Lametti, David. « Prescription à la recherche du temps : In Search of Past Time (or Recognition of Things Past) », dans Marie-France Bureau et Mathieu Devinat, dir., <i>Les livres du Code civil du Québec</i> , Sherbrooke, Revue de droit de l’Université de Sherbrooke, 2012, 267. ....	447
Lamontagne, Denys-Claude. <i>Biens et propriété</i> , 7 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013. ....	419
Lamontagne, Denys-Claude. <i>Droit de la vente</i> , 3 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005. ....	432
Law Society of Saskatchewan. <i>Continuing Professional Development Policy</i> , revised September 15, 2016, sections 16, 18, and 19 (online). ....	382
Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. ....	214, 886
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. <i>Canadian Tort Law</i> , 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015. ....	31, 560
Lubetsky, Michael H. “Adding Epicycles: The Inconsistent Use Test in Adverse Possession Law” (2009), 47 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 497. ....	152
MacIntosh, Jeffrey G. “The Retrospectivity of the Oppression Remedy” (1987), 13 <i>Can. Bus. L.J. / Rev. can. dr. comm.</i> 219. ....	1051
MacKenzie, Gavin. <i>Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline</i> , 5th ed. Toronto: Carswell, 2009. ....	391
Maleszyk, Anna. <i>Crimes Against Children: Prosecution and Defence</i> , vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated April 2017, release 32). ....	1028
<i>Manning, Mewett &amp; Sankoff: Criminal Law</i> , 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015. ....	1027
<i>Markesinis and Deakin’s Tort Law</i> , 7th ed. by Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Oxford: Clarendon Press, 2013. ....	568

	PAGE
Martineau, Pierre. <i>La prescription</i> , Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977. ....	448, 581
Mayrand, Albert. « Bonne foi et prescription par tiers acquéreur » (1942), 2 <i>R. du B.</i> 9. ....	418
Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas. <i>Leçons de droit civil</i> , t. II, vol. II, <i>Biens : Droit de propriété et ses démembrements</i> , 8 <sup>e</sup> éd. par François Chabas, Paris, Montchrestien, 1994. ....	449
McCamus, John D. <i>The Law of Contracts</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012. ....	792
McCann, Julie. « Commentaire sur la décision <i>De Repentigny c. Fortin (Succession de)</i> — L'acquisition de la propriété par prescription décennale : effet déclaratif, attributif, rétroactif? », <i>Repères</i> , février 2013 (accessible en ligne dans La référence). ....	465
<i>Merriam-Webster's Collegiate Dictionary</i> , 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003. ....	131
Mignault, P.-B. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916. ....	419, 581
Miller, Paul B. "Justifying Fiduciary Remedies" (2013), 63 <i>U.T.L.J.</i> 570. ....	1058
Monahan, Patrick J. « L'indépendance du barreau en tant que principe constitutionnel au Canada », dans Barreau du Haut-Canada, dir., <i>Dans l'intérêt public : rapport et articles du groupe d'étude du barreau du Haut-Canada sur la règle de droit et l'indépendance du barreau</i> , Toronto, Irwin Law, 2007, 127. ...	495
Monahan, Patrick J. "The Independence of the Bar as a Constitutional Principle in Canada", in Law Society of Upper Canada, ed., <i>In the Public Interest: The Report &amp; Research Papers of the Law Society of Upper Canada's Task Force on the Rule of Law &amp; the Independence of the Bar</i> , Toronto: Irwin Law, 2007, 117. ....	495
Morissette, Yves-Marie. « L'initiative judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant » (1984), 44 <i>R. du B.</i> 397. ....	496
Mulheron, Rachael. "Rewriting the Requirement for a 'Recognized Psychiatric Injury' in Negligence Claims" (2012), 32 <i>Oxford J. Leg. Stud.</i> 77. ....	560
Mullan, David. "Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen!" (2013), 42 <i>Adv. Q.</i> 1. ....	736
Mullany, Nicholas J., and Peter R. Handford. <i>Tort Liability for Psychiatric Damage</i> . Sydney, N.S.W.: Law Book Co., 1993. ....	564
Mullenix, Linda S. "Another Easy Case, Some More Bad Law: <i>Carnival Cruise Lines</i> and Contractual Personal Jurisdiction" (1992), 27 <i>Tex. Int'l L.J.</i> 323. ....	791
Newman, Dwight G. <i>The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples</i> . Saskatoon: Purich Publishing, 2009. ....	1083
Normand, Sylvio. <i>Introduction au droit des biens</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014. ....	434
Oliphant, Benjamin. "Prima Facie Discrimination: Is <i>Tranchemontagne</i> Consistent with the Supreme Court of Canada's Human Rights Code Jurisprudence?" (2012), 9 <i>J.L. &amp; Equality</i> 33. ....	642
Olowofoyeku, Abimbola A. <i>Suing Judges: A Study of Judicial Immunity</i> . Oxford: Clarendon Press, 1993. ...	33
Ontario. Commission de réforme du droit. <i>Report on the Liability of the Crown</i> , Toronto, La Commission, 1989. ....	34
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Liability of the Crown</i> . Toronto: The Commission, 1989. ....	34
Organisation mondiale de la Santé. <i>Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes</i> , 10 <sup>e</sup> rév., Genève, O.M.S., 1993. ....	565
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015. ....	908

Pavlović, Marina. “Contracting out of Access to Justice: Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts” (2016), 62 <i>McGill L.J. / R.D. McGill</i> 389. ....	771
Peel, Edwin. “Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws”, [1998] <i>L.M.C.L.Q.</i> 182. ....	805
Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. <i>Criminal Procedure in Canada</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2011. ....	214
Perreault, Janick. <i>Assurance automobile au Québec : L’indemnisation du préjudice corporel des victimes d’accident d’automobile</i> , 3 <sup>e</sup> éd., Brossard (Qc), Publications CCH, 2010. ....	305
<i>Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> , nouvelle éd. par Josette Rey-Debove et Alain Rey, dir., Paris, Le Robert, 2012.....	1004
Pigeon, Louis-Philippe. <i>Drafting and Interpreting Legislation</i> , Toronto: Carswell, 1988. ....	303, 337
Pigeon, Louis-Philippe. <i>Rédaction et interprétation des lois</i> , 3 <sup>e</sup> éd., Québec, Publications du Québec, 1986. ....	303, 337
Pineau, Jean. « Le nouveau Code civil et les intentions du législateur », dans Benoît Moore, dir., <i>Mélanges Jean Pineau</i> , Montréal, Thémis, 2003, 3. ....	428
Pitel, Stephen G. A., and Andrew Valentine. “The Evolution of the Extra-territorial <i>Mareva</i> Injunction in Canada: Three Issues” (2006), 2 <i>J. Priv. Int’l L.</i> 339. ....	842
Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. <i>Conflict of Laws</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016. ....	785
Pothier, Dianne. “Tackling Disability Discrimination at Work: Toward a Systemic Approach” (2010), 4 <i>M.J.L.H.</i> 17. ....	642
Pratte, Pierre. « Chronique — Le jugement en prescription acquisitive immobilière : déclaratif ou attributif? », <i>Repères</i> , octobre 2012 (accessible en ligne dans La référence). ....	434
Pratte, Pierre. « La demande judiciaire relative à la prescription acquisitive d’un immeuble » (2014), 73 <i>R. du B.</i> 509. ....	425, 461
Preston, Cheryl B. “‘Please Note: You Have Waived Everything’: Can Notice Redeem Online Contracts?”(2015), 64 <i>Am. U. L. Rev.</i> 535. ....	799
Purcell, Edward A. Jr. “Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court” (1992), 40 <i>UCLA L. Rev.</i> 423. ....	782, 793
Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de l’aménagement et des équipements. « Étude détaillée du projet de loi 113 — Loi modifiant la Loi sur l’assurance automobile », <i>Journal des débats de la Commission permanente de l’aménagement et des équipements</i> , vol. 32, n° 102, 2 <sup>e</sup> sess., 34 <sup>e</sup> lég., 24 novembre 1993, p. 5369. ....	341
Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. « Étude du projet de loi n° 67 — Loi sur l’assurance automobile », <i>Journal des débats de la Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières</i> , vol. 19, n° 210, 2 <sup>e</sup> sess., 31 <sup>e</sup> lég., 20 octobre 1977, p. 6493. ....	347
Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. « Mémoire de la Corporation professionnelle des médecins du Québec à la Commission parlementaire sur le Projet de Loi 67 Loi sur l’assurance automobile », <i>Journal des débats de la Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières</i> , vol. 19, n° 210, 2 <sup>e</sup> sess., 31 <sup>e</sup> lég., 20 octobre 1977, annexe II, p. 6539. ....	347, 459
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 19, n° 96, 2 <sup>e</sup> sess., 31 <sup>e</sup> lég., 19 août 1977, p. 3093. ...	345
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 19, n° 109, 2 <sup>e</sup> sess., 31 <sup>e</sup> lég., 28 octobre 1977, p. 3786-3787. ....	346

	PAGE
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 19, n° 136, 2 <sup>e</sup> sess., 31 <sup>e</sup> lég., 20 décembre 1977, p. 5047. ....	348
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats de la Commission permanente des institutions</i> , vol. 36, n° 82, 1 <sup>re</sup> sess., 36 <sup>e</sup> lég., 2 juin 2000, p. 51-52 et 69. ....	423, 457
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats de la Commission permanente des institutions</i> , vol. 36, n° 101, 1 <sup>re</sup> sess., 36 <sup>e</sup> lég., 7 novembre 2000, p. 24. ....	459
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code</i> , vol. II, t. 2, <i>Commentaries</i> . Québec: Éditeur officiel, 1978. ....	421
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice</i> , t. II, <i>Le Code civil du Québec — Un mouvement de société</i> , Québec, Publications du Québec, 1993. ....	426, 460, 582
Québec. Office de révision du Code civil. <i>Rapport sur le Code civil du Québec</i> , vol. II, t. 2, <i>Commentaires</i> , Québec, Éditeur officiel, 1978. ....	421
Rémillard, Gil. « Présentation du projet de Code civil du Québec » (1991), 22 <i>R.G.D.</i> 5. ....	422
Resnik, Judith. “Procedure as Contract” (2005), 80 <i>Notre Dame L. Rev.</i> 593. ....	793
Riordan, Jaani. <i>The Liability of Internet Intermediaries</i> . Oxford: Oxford University Press, 2016. ....	842
Ripstein, Arthur. <i>Private Wrongs</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2016. ....	561
Roach, Kent. “A Charter Reality Check: How Relevant Is the Charter to the Justness of Our Criminal Justice System?” (2008), 40 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 717. ....	536
Saumier, Geneviève. “What’s in a Name? Lloyd’s, International Comity and Public Policy” (2002), 37 <i>Can. Bus. L.J. / Rev. can. dr. comm.</i> 388. ....	785
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> , loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 1992 (updated November 2016, release 25). ....	839
<i>Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , 6th ed. by Angus Stevenson. Oxford: Oxford University Press, 2007. ....	740, 1004
Siebrasse, Norman. “The False Doctrine of False Promise” (2013), 29 <i>C.I.P.R. / R.C.P.I.</i> 3. ....	957
Spry, I. C. F. <i>The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages</i> , 9th ed. Pymont, N.S.W.: Lawbook, 2014. ....	839
Stapleton, Jane. “In Restraint of Tort”, in Peter Birks, ed., <i>The Frontiers of Liability</i> , vol. 2. New York: Oxford University Press, 1994, 83. ....	557
Stevens, Robert. <i>Torts and Rights</i> . Oxford: Oxford University Press, 2007. ....	560
Stewart, Hamish. “ <i>Khelawon</i> : The Principled Approach to Hearsay Revisited” (2008), 12 <i>Can. Crim. L.R. / Rev. can. D.P.</i> 95. ....	885
Stewart, Hamish C. <i>Sexual Offences in Canadian Law</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated March 2017, release 25). ....	1027
Sugarman, Stephen D. “A New Approach to Tort Doctrine: Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada” (2002), 17 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 375. ....	31
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. ....	377, 983
Swan, Angela, and Jakub Adamski. <i>Canadian Contract Law</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012. ....	809
Tancelin, Maurice. « L’acte unilatéral en droit des obligations ou l’unilatéralisation du contrat », dans Nicholas Kasirer, dir., <i>La Solitude en droit privé</i> , Montréal, Thémis, 2002, 213. ....	428
Tang, Zheng Sophia. <i>Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws</i> , 2nd ed. Portland, Or.: Hart, 2015. ....	808

Tang, Zheng. “Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-commerce” (2005), 1 <i>J. Priv. Int. L.</i> 237. ....	815
Teff, Harvey. <i>Causing Psychiatric and Emotional Harm: Reshaping the Boundaries of Legal Liability</i> . Oxford: Hart, 2009. ....	556
Tétrault, Robert. « L’appréciation du lien de causalité entre le préjudice corporel et le fait accidentel dans le cadre de la <i>Loi sur l’assurance automobile</i> » (1998-99), 29 <i>R.D.U.S.</i> 245. ....	308
Todd, Eric C. E. <i>The Law of Expropriation and Compensation in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992. ....	741
Todd, Stephen, et al. <i>The Law of Torts in New Zealand</i> , 5th ed. Wellington, N.Z.: Brookers, 2009. ....	558
Trotter, Gary T. “Bail Pending Appeal: The Strength of the Appeal and the Public Interest Criterion” (2001), 45 <i>C.R.</i> (5th) 267. ....	270
Trotter, Gary T. <i>The Law of Bail in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell, 2010 (loose-leaf updated 2016, release 1). ....	277, 523
Uniform Law Conference of Canada. <i>Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act</i> (online). ...	769
Vandervort, Lucinda. “‘Too Young to Sell Me Sex?!’ <i>Mens Rea</i> , Mistake of Fact, Reckless Exploitation, and the Underage Sex Worker” (2012), 58 <i>Crim. L.Q.</i> 355. ....	1028
Vaver, David. <i>Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011. ....	962
Vincelette, Denis. <i>En possession du Code civil du Québec</i> , Montréal, Wilson & Lafleur, 2004. ....	425
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 2010. ....	792
Waddams, Stephen. “Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism” (2012), 53 <i>Can. Bus. L.J. / Rev. can. dr. comm.</i> 475. ....	792
Walker, Janet. <i>Castel &amp; Walker: Canadian Conflict of Laws</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2017, release 60). ....	785
Walsh, Catherine. “The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts” (2010), 60 <i>U.N.B.L.J. / R.D. U.N.-B.</i> 12. ....	780, 795
Wigmore, John Henry. <i>A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown and Co., 1923. ....	879
Woodward, Jack. <i>Native Law</i> , vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 1994 (loose-leaf updated 2017, release 2). ...	1118
Woodward, William J., Jr. “Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration” (2006), 2 <i>Hastings Bus. L.J.</i> 1. ....	791
World Health Organization. <i>International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems</i> , 10th rev. Geneva: W.H.O., 1992. ....	565
Ziff, Bruce. <i>Principles of Property Law</i> , 6th ed. Toronto: Carswell, 2014. ....	151

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Robert David Nicholas Bradshaw** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
British Columbia Civil Liberties Association  
and Criminal Lawyers' Association  
of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. BRADSHAW**

**2017 SCC 35**

File No.: 36537.

2016: November 3; 2017: June 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Principled exception to hearsay rule — Trial judge admitting co-accused's hearsay statement into evidence — When can trial judge rely on corroborative evidence to conclude that threshold reliability of hearsay statement is established.*

Two people were shot to death. Suspected by police, T became the target of a Mr. Big investigation, during which he told an undercover officer that he shot both victims. He then told Mr. Big that he had shot one victim and that B had shot the other. T was arrested. When he later re-enacted the murders for police, he implicated B in both. T and B were charged with two counts of first degree murder and T pled guilty to second degree murder. Because T refused to give sworn testimony at B's trial, the Crown sought to admit into evidence T's re-enactment, which had been video-recorded. Following a *voir dire*, the trial judge admitted the re-enactment, under the principled exception to the hearsay rule. A jury convicted B on two counts of first degree murder. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside B's convictions and ordered a new trial.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Robert David Nicholas Bradshaw** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
British Columbia Civil Liberties Association  
et Criminal Lawyers' Association  
of Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BRADSHAW**

**2017 CSC 35**

N° du greffe : 36537.

2016 : 3 novembre; 2017 : 29 juin.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Oui-dire — Admissibilité — Exception raisonnée à la règle du oui-dire — Déclaration relatée d'un co-accusé admise en preuve par le juge du procès — Dans quelles circonstances un juge du procès peut-il se fonder sur une preuve corroborante pour conclure que le seuil de fiabilité d'une déclaration relatée est établi?*

Deux personnes ont été abattues. Soupçonné par les policiers, T est devenu la cible d'une opération Monsieur Big au cours de laquelle il a dit à un agent banalisé qu'il avait abattu les deux victimes. Il a ensuite dit à Monsieur Big qu'il avait abattu une victime et que B avait abattu l'autre. T a été arrêté. Lorsqu'il a ensuite reconstitué les meurtres pour les policiers, il a impliqué B dans les deux meurtres. T et B ont été accusés de deux chefs de meurtre au premier degré et T a plaidé coupable à une accusation de meurtre au second degré. Puisque T a refusé de témoigner sous serment au procès de B, le ministère public a tenté de faire admettre en preuve la vidéo de la reconstitution faite par T. À la suite d'un *voir-dire*, le juge du procès a admis en preuve la vidéo de la reconstitution en vertu de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire. Un jury a reconnu B coupable sous deux chefs de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre B et ordonné la tenue d'un nouveau procès.



*Held* (Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner and Brown JJ.: Hearsay evidence is presumptively inadmissible because it is often difficult for the trier of fact to assess its truth. However, it can be admitted under the principled exception if the criteria of necessity and threshold reliability are met on a balance of probabilities.

In this case, the necessity of the hearsay evidence is established because T refused to testify. Thus, its admissibility rests on whether threshold reliability is met. Threshold reliability is established when the hearsay is sufficiently reliable to overcome the dangers arising from the difficulty of testing it. The hearsay dangers relate to the difficulties of assessing the declarant's perception, memory, narration or sincerity. These dangers can be overcome by showing that (1) there are adequate substitutes for testing truth and accuracy (procedural reliability) or (2) that there are sufficient circumstantial or evidentiary guarantees that the statement is inherently trustworthy (substantive reliability). Substantive reliability is established when the statement is unlikely to change under cross-examination. To determine whether substantive reliability is established, the trial judge can consider the circumstances in which the statement was made and evidence (if any) that corroborates or conflicts with the statement.

A trial judge can only rely on corroborative evidence to establish substantive reliability if it shows, when considered as a whole and in the circumstances of the case, that the only likely explanation for the hearsay statement is the declarant's truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement.

First, corroborative evidence must go to the truthfulness or accuracy of the material aspects of the hearsay statement. Since hearsay is tendered for the truth of its contents, corroborative evidence must go to the truthfulness or accuracy of the content of the statement that the moving party seeks to rely on.

Second, corroborative evidence must assist in overcoming the specific hearsay dangers raised by the tendered statement. Corroborative evidence does so if its combined effect, when considered in the circumstances of the case, shows that the only likely explanation for the hearsay statement is the declarant's truthfulness about,

*Arrêt* (les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner et Brown : La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible parce qu'il est souvent difficile pour le juge des faits d'en évaluer la véracité. Cependant, elle peut être admise en vertu de l'exception raisonnée si les critères de la nécessité et du seuil de fiabilité sont respectés selon la prépondérance des probabilités.

En l'espèce, la nécessité de la preuve par ouï-dire est établie car T a refusé de témoigner. Ainsi, son admissibilité repose sur la question de savoir s'il a été satisfait au seuil de fiabilité. Le seuil de fiabilité est atteint lorsque la preuve est suffisamment fiable pour écarter les dangers que comporte la difficulté de la vérifier. Les dangers que pose le ouï-dire se rapportent au fait qu'il est difficile d'évaluer la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait ou sa sincérité. Ces dangers peuvent être écartés s'il est démontré (1) qu'il existe d'autres façons adéquates de vérifier la vérité et l'exactitude (fiabilité d'ordre procédural), ou (2) qu'il existe des garanties circonstancielles ou relatives à la preuve conférant une fiabilité inhérente à la déclaration relatée (fiabilité substantielle). La fiabilité substantielle est établie si la déclaration n'est pas susceptible de changer lors d'un contre-interrogatoire. Pour décider si la fiabilité substantielle est établie, le juge du procès peut prendre en compte les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite et la preuve (le cas échéant) qui corrobore ou contredit la déclaration.

Pour établir le seuil de fiabilité, le juge du procès ne peut se fonder sur la preuve corroborante que si celle-ci, considérée globalement dans les circonstances de l'espèce, démontre que la seule explication plausible de la déclaration relatée est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ceux-ci.

D'abord, la preuve corroborante doit porter sur la véracité ou l'exactitude des aspects importants de la déclaration relatée. Comme le ouï-dire est présenté pour établir la véracité de son contenu, la preuve corroborante doit porter sur la véracité ou l'exactitude du contenu de la déclaration relatée sur lequel la partie requérante veut s'appuyer.

Ensuite, la preuve corroborante doit aider à écarter les dangers spécifiques du ouï-dire que pose la déclaration présentée. La preuve corroborante parvient à le démontrer si son effet conjugué, considéré eu égard aux circonstances de l'espèce, démontre que la seule explication plausible de la déclaration relatée est la véracité du

or the accuracy of, the material aspects of the statement. Otherwise, alternative explanations for the statement that could have been elicited or probed through cross-examination, and the hearsay dangers, persist. Corroborative evidence is of assistance in establishing substantive reliability if it shows that alternative explanations for the statement are unavailable. In contrast, corroborative evidence that is equally consistent with the truthfulness and accuracy of the statement as well as another hypothesis is of no assistance. To be relied on for the purpose of rejecting alternative hypotheses, corroborative evidence must itself be trustworthy.

In sum, to determine whether corroborative evidence is of assistance in the substantive reliability inquiry, a trial judge should: (1) identify the material aspects of the hearsay statement that are tendered for their truth; (2) identify the specific hearsay dangers raised by those aspects of the statement in the particular circumstances of the case; (3) based on the circumstances and these dangers, consider alternative, even speculative, explanations for the statement; and (4) determine whether, given the circumstances of the case, the corroborative evidence led at the *voir dire* rules out these alternative explanations such that the only remaining likely explanation for the statement is the declarant's truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement.

The trial judge erred in relying significantly on corroborative evidence that was of no assistance in establishing substantive reliability to deem the re-enactment statement admissible. The material aspect of the statement was T's assertion that B participated in the murders. The specific danger raised by T's statement was the inability of the trier of fact to assess whether T lied about B's participation in the murders. T gave inconsistent statements about B's participation. He also had a significant motive to lie to reduce his own culpability. Furthermore, T was a *Vetrovec* witness, a witness who cannot be trusted due to his unsavoury character. Given the hearsay dangers presented by the re-enactment statement, an alternative explanation is that T lied about B's participation in the murders. Therefore, corroborative evidence will only assist in establishing the substantive reliability of the re-enactment statement if it shows, when considered in the circumstances of the case, that the only likely explanation is that T was truthful about B's participation. Considered as a whole, the corroborative evidence relied on by the trial judge did not meet this standard. For example, while the weather evidence and forensic evidence showed that T accurately described the

déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ceux-ci. Autrement, d'autres explications de la déclaration, qui auraient pu être obtenues ou vérifiées lors d'un contre-interrogatoire, ainsi que les dangers associés au oui-dire, subsistent. La preuve corroborante est utile pour établir la fiabilité substantielle si elle démontre que d'autres explications de la déclaration ne sont pas disponibles. Par contre, la preuve corroborante qui est également compatible avec la véracité et l'exactitude de la déclaration et avec une autre hypothèse n'est pas utile. Pour que le juge du procès se fonde sur la preuve corroborante pour rejeter d'autres hypothèses, cette preuve doit elle-même être digne de foi.

En somme, pour établir si la preuve corroborante est utile lors de l'examen de la fiabilité substantielle, le juge du procès devrait prendre les mesures suivantes : (1) cerner les aspects importants de la déclaration relatée qui sont présentés pour établir la véracité de leur contenu; (2) cerner les dangers spécifiques du oui-dire que posent ces aspects de la déclaration dans les circonstances particulières de l'affaire; (3) en fonction des circonstances et de ces dangers, envisager d'autres explications de la déclaration, qui peuvent même être conjecturales; et (4) décider si, compte tenu des circonstances de l'affaire, la preuve corroborante présentée au voir-dire écarte ces autres explications, de sorte que la seule explication plausible de la déclaration est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ces aspects.

Le juge du procès a fait erreur en se fondant en grande partie sur des éléments de preuve corroborants qui ne permettaient pas d'établir la fiabilité substantielle pour considérer la déclaration de reconstitution admissible. L'aspect important de la déclaration était l'affirmation de T selon laquelle B avait participé aux meurtres. Le danger spécifique que posait la déclaration de T tenait à l'incapacité du juge des faits d'évaluer si T avait menti au sujet de la participation de B aux meurtres. T a fait des déclarations incompatibles concernant la participation de B. Il avait également une bonne raison de mentir pour réduire sa propre culpabilité. De plus, T était un témoin visé par l'arrêt *Vetrovec*, soit un témoin qui ne peut être présumé dire la vérité en raison de son honnêteté douteuse. Compte tenu des dangers du oui-dire que présentait la déclaration de reconstitution, une autre explication veut que T ait menti au sujet de la participation de B aux meurtres. Par conséquent, la preuve corroborante contribuera uniquement à établir la fiabilité substantielle de la déclaration de reconstitution si elle démontre, au vu des circonstances de l'espèce, que la seule explication plausible veut que T ait dit la vérité au sujet de la participation de B. Considérée

way the murders unfolded and the weather on the nights of the murders, this evidence does not mitigate the danger that T lied about B's participation. Furthermore, while there are recordings of B admitting that he participated in the murders, there are concerns about the trustworthiness of these admissions. Much of the corroborative evidence relied on by the trial judge was probative of B's guilt, and thus could be considered by the trier of fact in the trial on the merits, but none of it was of assistance in establishing the threshold reliability of the re-enactment statement.

The threshold reliability of the hearsay statement is not otherwise established. Jury warnings about the dangers of hearsay evidence or *Vetrovec* testimony do not provide a satisfactory basis for the trier of fact to rationally evaluate the truth and accuracy of the hearsay statement. Instructing a jury on how to evaluate a statement that it lacks the means to evaluate does not address the hearsay dangers that underlie the exclusionary rule. Given that the trier of fact could not adequately test the trustworthiness of T's statement, and there were no circumstances or corroborative evidence showing that this statement was inherently trustworthy, it should not have been admitted into evidence.

*Per Moldaver and Côté JJ. (dissenting):* The trial judge did not err in admitting T's re-enactment. His ruling was amply supported by the record and is entitled to deference.

The principled approach to hearsay recognizes that threshold reliability can be met in three ways: (1) where a statement has sufficient features of substantive reliability; (2) where the statement has adequate features of procedural reliability; or (3) where the statement does not satisfy either of the first two ways, but incorporates features of both which, in combination, justify its admission. Under this third way, where a statement has a sufficient level of trustworthiness, relative to the strength of the procedural safeguards for the trier of fact to evaluate its ultimate reliability, the statement is safe to admit.

globalement, la preuve corroborante sur laquelle s'est appuyé le juge du procès ne respectait pas cette norme. Par exemple, bien que la preuve des conditions météorologiques et la preuve médico-légale démontraient que T avait décrit avec exactitude la façon dont les meurtres ont été accomplis ainsi que les conditions météorologiques qui existaient les nuits des meurtres, ces éléments de preuve n'atténuaient pas le danger qu'il ait menti au sujet de la participation de B. De plus, bien qu'il existe des enregistrements dans lesquels B a avoué avoir participé aux meurtres, la fiabilité de ces aveux soulève des réserves. Une bonne partie de la preuve corroborante sur laquelle s'est fondé le juge du procès avait une valeur probante en ce qui concerne la culpabilité de B, et ainsi le juge des faits pouvait en tenir compte dans le procès sur le fond, mais aucun de ces éléments de preuve ne contribuait à établir le seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution.

Le seuil de fiabilité de la déclaration relatée n'est pas par ailleurs établi. Les mises en garde au jury concernant les dangers associés à la preuve par ouï-dire ou les témoignages visés par l'arrêt *Vetrovec* ne fournissent pas au juge des faits une base satisfaisante pour apprécier rationnellement la véracité et l'exactitude de la déclaration relatée. Le fait de donner des directives au jury sur la façon d'évaluer une déclaration qu'il n'a pas les moyens d'évaluer ne réduit pas les dangers associés au ouï-dire qui sous-tendent la règle d'exclusion. Puisque le juge des faits ne pouvait pas vérifier adéquatement si la déclaration de T était digne de foi, et que ni les circonstances ni les éléments de preuve corroborants ne démontraient que cette déclaration était intrinsèquement fiable, celle-ci n'aurait pas dû être admise en preuve.

*Les juges Moldaver et Côté (dissidents) :* Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant la reconstitution faite par T. Sa décision était amplement étayée par le dossier et elle commande la déférence.

Selon la méthode d'analyse raisonnée du ouï-dire, il existe trois façons de satisfaire au seuil de fiabilité : (1) lorsque la déclaration présente suffisamment de caractéristiques de fiabilité substantielle; (2) lorsque la déclaration présente des caractéristiques adéquates de fiabilité d'ordre procédural; ou (3) lorsque la déclaration ne satisfait à aucune des deux premières façons, mais contient des caractéristiques des deux qui, prises ensemble, justifient son admission. D'après cette troisième façon, lorsqu'une déclaration est suffisamment digne de foi, du point de vue de l'efficacité des garanties procédurales, pour permettre au juge des faits d'évaluer sa fiabilité en dernière analyse, elle peut être admise.

In this case, T's re-enactment was admissible under the third way of establishing threshold reliability. The hearsay dangers at issue — sincerity along with memory and perception — were sufficiently overcome by powerful corroborative evidence indicating the statement's trustworthiness and a number of procedural safeguards that provided the jury with the tools it needed to evaluate its truth and accuracy.

In reaching a different conclusion, the majority has departed from the functional approach to threshold reliability by unduly restricting the extrinsic evidence that a court can consider when assessing a statement's substantive reliability and by adopting a narrow view of the procedural safeguards available at trial that can equip the jury with the tools it needs to assess the ultimate reliability of a statement.

The functional approach emphasizes that there is no bright-line distinction between factors that inform threshold and ultimate reliability. For extrinsic evidence, the inquiry is focused on whether the evidence addresses hearsay dangers by providing information about whether the statement is trustworthy. The majority's approach instead creates a threshold test within the threshold test, which unnecessarily complicates the analysis and discards extrinsic evidence that can be crucial for evaluating threshold reliability. Trial judges should be trusted to limit the scope of extrinsic evidence that can be considered in a hearsay *voir dire* on a case-by-case basis to ensure that the proceedings are not derailed.

In this unusual case, the corroborative evidence included surreptitiously recorded conversations in which B admitted his involvement in the murders, telephone records as circumstantial evidence implicating B in the murders and forensic evidence from the crime scenes confirming T's account of the details of the murders. Considered cumulatively, this evidence provides powerful support for the trustworthiness of T's re-enactment. There was also circumstantial indicia of trustworthiness, including: the fact that the re-enactment was voluntary and free flowing; that it was contrary to T's interest, in that he did not attempt to shift blame to B but instead implicated himself in two counts of first degree murder; and that T's alleged motivation to fabricate was rebutted by his prior consistent statement to Mr. Big. There is no evidence of any inducements or assurances made by the

La reconstitution faite par T en l'espèce était admissible en vertu de la troisième façon d'établir le seuil de fiabilité. Les dangers du oui-dire en l'espèce — la sincérité ainsi que la mémoire et la perception — étaient suffisamment surmontés par une preuve corroborante convaincante donnant à penser que la déclaration était digne de foi et par plusieurs garanties procédurales qui ont donné au jury les outils dont il avait besoin pour évaluer sa véracité et son exactitude.

En arrivant à une conclusion différente, la majorité s'est écartée de l'approche fonctionnelle relative au seuil de fiabilité en restreignant indûment la preuve extrinsèque dont un tribunal peut tenir compte lorsqu'il apprécie la fiabilité substantielle d'une déclaration et en adoptant un point de vue restrictif des garanties procédurales disponibles au procès qui peuvent munir le jury des outils dont il a besoin pour apprécier la fiabilité en dernière analyse d'une déclaration.

L'approche fonctionnelle souligne l'absence d'une distinction nette entre les facteurs qui régissent le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse. Dans le cas de la preuve extrinsèque, l'analyse est axée sur la question de savoir si cette preuve écarte les dangers du oui-dire en fournissant des renseignements sur la fiabilité de la déclaration. L'approche que préconise la majorité crée plutôt un critère du seuil de fiabilité au sein du critère du seuil de fiabilité, ce qui complique inutilement l'analyse et écarte des éléments de preuve extrinsèque susceptibles d'être primordiaux à l'appréciation du seuil de fiabilité. Il faut avoir confiance en la capacité des juges de procès de limiter la portée de la preuve extrinsèque qui peut, dans chaque cas, être prise en compte dans le cadre d'un voir-dire relatif au oui-dire pour veiller à ce que le voir-dire ne fasse pas dériver le procès.

Dans cette affaire inhabituelle, il existait des éléments de preuve corroborants, notamment des conversations enregistrées furtivement dans lesquelles B a admis sa participation aux meurtres, des relevés téléphoniques constituant des éléments de preuve circonstancielle reliant B aux meurtres et des éléments de preuve médico-légale recueillis sur les lieux des crimes qui confirmaient la description des meurtres relatée en détail par T. Examinée cumulativement, cette preuve étaye solidement le caractère digne de foi de la reconstitution faite par T. Il y avait aussi des indices circonstanciels de fiabilité, y compris le fait que la reconstitution a été faite volontairement et de façon fluide; qu'elle allait à l'encontre des intérêts de T en ce qu'il n'a pas tenté de transférer la responsabilité des meurtres à B mais qu'il s'est impliqué lui-même dans deux chefs d'accusation de meurtre au

police prior to T's re-enactment, nor is there any information to suggest that T's plea to second degree murder had anything to do with his participation in the re-enactment.

As for procedural reliability, there is no principled distinction between safeguards in place at the time the hearsay statement was made and safeguards available at trial. Both enhance the ability of the trier of fact to critically evaluate the evidence. As in this case, the latter may include jury cautions, the limited admission of prior inconsistent statements that contradict the hearsay statement, requiring the Crown to call the police officers who took prior inconsistent statements as witnesses so that they can be cross-examined by defence counsel, and permitting enhanced leeway for defence counsel during closing submissions. The trial judge is uniquely positioned to adapt and implement these measures based on the specific circumstances of the case.

The majority's unwillingness to consider these various procedural safeguards relied upon by the trial judge in this case leads it to skirt the third way of establishing threshold reliability — the one applied by the trial judge in this case — in which features of substantive and procedural reliability may, in conjunction, justify the admission of a hearsay statement.

In conjunction, the re-enactment's features of substantive and procedural reliability were capable of satisfying the test for threshold reliability. The trial judge made a difficult call in a close case. He was in the best position to make that call based on his assessment of the trustworthiness of the evidence and the jury's ability to evaluate it. And his analysis discloses no legal error. As a result, his ruling is entitled to deference. It is not the role of the Court to second guess the trial judge's reasonably exercised judgment from a position far removed from the trial setting. Doing so betrays both the deference owed to trial judges and the trust and confidence placed in juries to follow instructions and use their common sense and reason to evaluate evidence.

premier degré; et le fait que le motif qui aurait poussé T à inventer une histoire a été réfuté par la déclaration antérieure compatible faite à Monsieur Big. Rien n'indique que les policiers lui auraient promis des incitatifs ou des garanties avant qu'il ne fasse la reconstitution, et aucun renseignement ne donne à penser que le plaidoyer de culpabilité de T pour meurtre au second degré ait eu quoi que ce soit à voir avec sa participation à la reconstitution.

En ce qui concerne la fiabilité procédurale, il n'existe aucune distinction de principe entre les garanties qui existaient au moment où la déclaration relatée est faite et les garanties offertes au procès. Les deux améliorent la capacité du juge des faits d'évaluer la preuve d'un œil critique. Tout comme en l'espèce, les garanties offertes au procès peuvent comprendre les mises en garde faites au jury, l'admission restreinte de déclarations antérieures incompatibles qui contredisent la déclaration relatée, l'obligation pour le ministère public de citer les policiers qui ont pris les déclarations antérieures incompatibles à comparaître afin qu'ils puissent être contre-interrogés par l'avocat de la défense, et le fait d'accorder à l'avocat de la défense une plus grande latitude dans ses observations finales. Le juge du procès est particulièrement bien placé pour adapter et mettre en œuvre ces mesures en fonction des circonstances précises de l'affaire.

Le refus de la majorité d'examiner les diverses garanties procédurales sur lesquelles s'est fondé le juge du procès en l'espèce l'amène à éluder la troisième façon d'établir le seuil de fiabilité — celle que le juge du procès a appliquée en l'espèce — par laquelle les caractéristiques de fiabilité substantielle et de fiabilité d'ordre procédural peuvent, ensemble, justifier l'admission d'une déclaration relatée.

Considérées ensemble, les caractéristiques de fiabilité substantielle et de fiabilité d'ordre procédural de la reconstitution pouvaient satisfaire au critère du seuil de fiabilité. Le juge du procès a pris une décision difficile dans une affaire difficile à trancher. Il était le mieux placé pour prendre cette décision en se fondant sur son évaluation du caractère digne de foi de la preuve et sur la capacité du jury de l'évaluer. Et son analyse ne révèle aucune erreur de droit. En conséquence, sa décision commande la déférence. N'ayant pas bénéficié du contexte du procès, la Cour n'a pas à reconsidérer le jugement exercé raisonnablement par le juge du procès. En ce faisant, elle trahit tant la déférence à l'égard du juge du procès que la confiance que l'on accorde en la capacité des jurés de suivre les directives et de faire preuve de bon sens et de jugement lorsqu'ils évaluent la preuve.

The trial judge's refusal to admit T's prior inconsistent statement given on May 15, 2010, for the truth of its contents is also entitled to deference. The trial judge applied the correct test and considered the relevant factors in finding this statement to be inadmissible. This included the fact that the statement was not video-recorded, that it was contradicted by extrinsic evidence and that T had a strong incentive to exaggerate his involvement in the murders.

Ultimately, there is no reason to send this case back for a second trial. B had a fair trial before a properly instructed jury that was well positioned to critically evaluate the reliability of the re-enactment. Accordingly, his two convictions for first degree murder should be restored.

### Cases Cited

By Karakatsanis J.

**Applied:** *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; **referred to:** *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Baldree*, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146; *R. v. Salah*, 2015 ONCA 23, 319 C.C.C. (3d) 373.

By Moldaver J. (dissenting)

*R. v. Baldree*, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Devine*, 2008 SCC 36, [2008] 2 S.C.R. 283; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, aff'g (2006), 84 O.R. (3d) 292; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Hamilton*, 2011 ONCA 399, 271 C.C.C. (3d) 208; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301; *R. v. Carroll*, 2014

Le refus du juge du procès d'admettre une déclaration antérieure incompatible faite par T le 15 mai 2010 et présentée pour établir la véracité de son contenu commande également la déférence. Le juge du procès a appliqué le bon critère et a tenu compte des facteurs pertinents pour conclure que cette déclaration était inadmissible, notamment le fait que la déclaration n'a pas été enregistrée sur bande vidéo, qu'elle a été contredite par des éléments de preuve extrinsèques et que T était fortement incité à exagérer son implication personnelle dans les meurtres.

En fin de compte, il n'existe aucune raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en l'espèce. B a eu droit à un procès équitable devant un jury qui avait reçu des directives appropriées et qui était bien placé pour apprécier d'un œil critique la fiabilité de la reconstitution. Par conséquent, ses deux déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré devraient être rétablies.

### Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêt appliqué :** *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; **arrêts mentionnés :** *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146; *R. c. Salah*, 2015 ONCA 23, 319 C.C.C. (3d) 373.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

*R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Devine*, 2008 CSC 36, [2008] 2 R.C.S. 283; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, conf. (2006), 84 O.R. (3d) 292; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Hamilton*, 2011 ONCA 399, 271 C.C.C. (3d) 208; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301; *R. c. Carroll*,

ONCA 2, 304 C.C.C. (3d) 252; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. v. R. (T.)*, 2007 ONCA 374, 85 O.R. (3d) 481; *R. v. Lowe*, 2009 BCCA 338, 274 B.C.A.C. 92; *R. v. Goodstoney*, 2007 ABCA 88, 218 C.C.C. (3d) 270; *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146; *R. v. Adjei*, 2013 ONCA 512, 309 O.A.C. 328; *R. v. Stirling*, 2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Carroll*, 1999 BCCA 65, 118 B.C.A.C. 219; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *R. v. S. (S.)*, 2008 ONCA 140, 232 C.C.C. (3d) 158; *R. v. Post*, 2007 BCCA 123, 217 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Tash*, 2013 ONCA 380, 306 O.A.C. 173; *R. v. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18.

#### Authors Cited

Akhtar, Suhail. “Hearsay: The Denial of Confirmation” (2005), 26 C.R. (6th) 46.  
 Lacelle, Laurie. “The Role of Corroborating Evidence in Assessing the Reliability of Hearsay Statements for Substantive Purposes” (1999), 19 C.R. (5th) 376.  
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.  
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.  
 Stewart, Hamish. “*Khelawon*: The Principled Approach to Hearsay Revisited” (2008), 12 *Can. Crim. L.R.* 95.  
 Wigmore, John Henry. *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown and Co., 1923.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Neilson, Bennett and Garson J.J.A.), 2015 BCCA 195, 323 C.C.C. (3d) 475, 372 B.C.A.C. 77, 640 W.A.C. 77, 20 C.R. (7th) 398, [2015] B.C.J. No. 884 (QL), 2015 CarswellBC 1168 (WL Can.), setting aside the accused’s convictions for first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed, Moldaver and Côté J.J. dissenting.

*Margaret A. Mereigh and David Layton*, for the appellant.

*Richard S. Fowler, Q.C., Eric Purtzki and Karin Blok*, for the respondent.

*Michael Bernstein*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

2014 ONCA 2, 304 C.C.C. (3d) 252; *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. c. R. (T.)*, 2007 ONCA 374, 85 O.R. (3d) 481; *R. c. Lowe*, 2009 BCCA 338, 274 B.C.A.C. 92; *R. c. Goodstoney*, 2007 ABCA 88, 218 C.C.C. (3d) 270; *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146; *R. c. Adjei*, 2013 ONCA 512, 309 O.A.C. 328; *R. c. Stirling*, 2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Carroll*, 1999 BCCA 65, 118 B.C.A.C. 219; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *R. c. S. (S.)*, 2008 ONCA 140, 232 C.C.C. (3d) 158; *R. c. Post*, 2007 BCCA 123, 217 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Tash*, 2013 ONCA 380, 306 O.A.C. 173; *R. c. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18.

#### Doctrine et autres documents cités

Akhtar, Suhail. « Hearsay : The Denial of Confirmation » (2005), 26 C.R. (6th) 46.  
 Lacelle, Laurie. « The Role of Corroborating Evidence in Assessing the Reliability of Hearsay Statements for Substantive Purposes » (1999), 19 C.R. (5th) 376.  
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.  
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.  
 Stewart, Hamish. « *Khelawon* : The Principled Approach to Hearsay Revisited » (2008), 12 *Rev. can. D.P.* 95.  
 Wigmore, John Henry. *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed., Boston, Little, Brown and Co., 1923.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Neilson, Bennett et Garson), 2015 BCCA 195, 323 C.C.C. (3d) 475, 372 B.C.A.C. 77, 640 W.A.C. 77, 20 C.R. (7th) 398, [2015] B.C.J. No. 884 (QL), 2015 CarswellBC 1168 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité de meurtre au premier degré prononcées contre l’accusé et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

*Margaret A. Mereigh et David Layton*, pour l’appelante.

*Richard S. Fowler, c.r., Eric Purtzki et Karin Blok*, pour l’intimé.

*Michael Bernstein*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Greg J. Allen*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Louis P. Strezos* and *Samuel Walker*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

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

KARAKATSANIS J. —

### I. Introduction

[1] Hearsay is an out-of-court statement tendered for the truth of its contents. It is presumptively inadmissible because — in the absence of the opportunity to cross-examine the declarant at the time the statement is made — it is often difficult for the trier of fact to assess its truth. Thus hearsay can threaten the integrity of the trial's truth-seeking process and trial fairness. However, hearsay may exceptionally be admitted into evidence under the principled exception when it meets the criteria of necessity and threshold reliability.

[2] In this case, the Crown tendered hearsay from Roy Thielen, an accomplice, implicating Robert Bradshaw, the accused, in two murders. The trial judge ruled that this hearsay statement was admissible. The Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial.

[3] The following issue arises in this appeal: When can a trial judge rely on corroborative evidence to conclude that the threshold reliability of a hearsay statement is established?

[4] In my view, corroborative evidence may be used to assess threshold reliability if it overcomes the specific hearsay dangers presented by the statement. These dangers may be overcome on the basis of corroborative evidence if it shows, when considered as a whole and in the circumstances of the

*Greg J. Allen*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Louis P. Strezos* et *Samuel Walker*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

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

LA JUGE KARAKATSANIS —

### I. Introduction

[1] Le ouï-dire est une déclaration extrajudiciaire présentée pour établir la véracité de son contenu. Il est présumé inadmissible puisqu'en l'absence de la possibilité de contre-interroger le déclarant au moment où il fait sa déclaration, il est souvent difficile pour le juge des faits d'en évaluer la véracité. Ainsi, le ouï-dire peut menacer l'intégrité du processus de recherche de la vérité et l'équité du procès. Cependant, le ouï-dire peut exceptionnellement être admis en preuve suivant l'exception raisonnée à la règle, lorsqu'il respecte les critères de nécessité et le seuil de fiabilité.

[2] Dans le cas qui nous occupe, le ministère public a présenté un ouï-dire provenant d'un complice, Roy Thielen, impliquant l'accusé Robert Bradshaw dans deux meurtres. Le juge du procès a statué que cette déclaration relatée était admissible. La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[3] La question suivante se pose dans le présent pourvoi : dans quelles circonstances un juge du procès peut-il se fonder sur une preuve corroborante pour conclure que le seuil de fiabilité d'une déclaration relatée est établi?

[4] À mon avis, les éléments de preuve corroborants peuvent servir à apprécier le seuil de fiabilité s'ils écartent les dangers spécifiques du ouï-dire que pose la déclaration. Ces éléments de preuve peuvent écartier ces dangers s'ils démontrent, considérés globalement et eu égard aux circonstances de l'affaire,



case, that the only likely explanation for the hearsay statement is the declarant's truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement. The material aspects are those relied on by the moving party for the truth of their contents.

[5] Here, the hearsay statement was tendered for the truth of Thielen's claim that Bradshaw participated in the murders. The specific hearsay danger raised by Thielen's statement was the inability of the trier of fact to assess whether Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders. In addition to the reliability dangers that are inherent in all hearsay statements, there are specific reasons to be concerned that Thielen lied. Thielen had a motive to lie to shift the blame to Bradshaw. Thielen previously said that he had shot both victims, and had not implicated Bradshaw. Furthermore, Thielen was a *Vetrovec* witness, a witness who cannot be trusted to tell the truth due to his unsavoury character (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811).

[6] The trial judge relied significantly on the existence of corroborative evidence to deem Thielen's statement admissible. However, the evidence he relied on did not, when considered in the circumstances of the case, show that the only likely explanation was that Thielen was truthful about Bradshaw's involvement in the murders. It did not substantially negate the possibility that Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders. While this corroborative evidence may increase the probative value of the re-enactment statement if admitted, it is of no assistance in assessing the statement's threshold reliability. The trial judge therefore erred in relying on this corroborative evidence.

[7] Given that the trier of fact could not adequately test the trustworthiness of Thielen's statement, and there were no circumstances or corroborative evidence showing that this statement was inherently

que la seule explication plausible de la déclaration relatée est la véracité du déclarant au sujet des aspects importants de la déclaration, ou l'exactitude de ceux-ci. Les aspects importants de la déclaration sont ceux sur lesquels la partie requérante veut s'appuyer.

[5] En l'espèce, la déclaration relatée a été présentée pour établir la véracité de la prétention de M. Thielen que M. Bradshaw aurait participé aux meurtres. Le danger spécifique du ouï-dire que posait la déclaration de M. Thielen tenait à l'incapacité du juge des faits d'évaluer si M. Thielen avait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Outre les dangers relatifs à la fiabilité inhérents à toutes les déclarations relatées, il existe des raisons précises de craindre que M. Thielen ait menti. Ce dernier avait des raisons de mentir pour jeter le blâme sur M. Bradshaw. M. Thielen avait déjà affirmé avoir abattu les deux victimes, et n'avait pas impliqué M. Bradshaw. De plus, il était un témoin visé par l'arrêt *Vetrovec*, soit un témoin qui ne peut être présumé dire la vérité en raison de son honnêteté douteuse (*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811).

[6] Le juge du procès s'est fondé en grande partie sur l'existence d'éléments de preuve corroborants pour considérer la déclaration de M. Thielen admissible. Cependant, les éléments de preuve sur lesquels il s'est fondé, envisagés au regard des circonstances de l'affaire, ne démontraient pas que la seule explication plausible était que M. Thielen disait la vérité au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Ils n'écartaient pas considérablement la possibilité que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Même si ces éléments de preuve corroborants peuvent accroître la valeur probante de la déclaration de reconstitution si elle est admise en preuve, ils ne sont d'aucun secours pour l'appréciation du seuil de fiabilité de cette déclaration. Le juge du procès a donc fait erreur en se fondant sur ces éléments de preuve corroborants.

[7] Puisque le juge des faits ne pouvait pas vérifier adéquatement si la déclaration de M. Thielen était digne de foi, et que ni les circonstances ni les éléments de preuve corroborants ne démontraient

trustworthy, it should not have been admitted into evidence.

[8] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

## II. Background

[9] Laura Lamoureux and Marc Bontkes were killed in March 2009, five days apart. The police suspected that Thielen was involved in both murders. They ran a Mr. Big operation targeting Thielen. In a Mr. Big operation, undercover officers recruit a suspect into a fictitious criminal organization for the purpose of eliciting a confession from him (*R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, at para. 85). The officers befriend the suspect and demonstrate that membership in the criminal organization provides rewards and friendship. The suspect discovers that his membership is conditional on a confession to the crime boss, Mr. Big (*Hart*, at paras. 1-2).

[10] As part of the Mr. Big operation, Thielen went on a road trip with Cst. B., an undercover agent, in May 2010. During the road trip, Thielen told Cst. B. that he had shot both Lamoureux and Bontkes.

[11] In July 2010, Thielen met an undercover agent posing as the crime boss. During this meeting, Thielen said that he had shot Lamoureux but that “Paulie” and Michelle Motola had shot Bontkes. “Paulie” was Bradshaw’s nickname.

[12] Later that day, Thielen and Bradshaw met up at the Best Western Hotel. Their conversation was recorded, but only the latter part is audible. Bradshaw said that he had shot Bontkes and had participated in both murders.

[13] Two days later, Thielen and Bradshaw met at Bothwell Park. Bradshaw discussed an unsuccessful attempt to kill Bontkes, which preceded Bontkes’s actual murder in March 2009.

que cette déclaration était intrinsèquement fiable, celle-ci n’aurait pas dû être admise en preuve.

[8] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Contexte

[9] Laura Lamoureux et Marc Bontkes ont été assassinés en mars 2009, à cinq jours d’intervalle. Les policiers soupçonnaient M. Thielen d’avoir participé aux deux meurtres. Ils ont mené une opération Monsieur Big ciblant M. Thielen. Dans le cadre d’une opération de ce genre, des agents banalisés amènent un suspect à se joindre à une organisation criminelle fictive dans le dessein de lui soutirer un aveu (*R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 85). Les agents se lient d’amitié avec le suspect et lui font valoir que l’appartenance à l’organisation criminelle offre des avantages et permet de nouer des amitiés. Le suspect découvre qu’il deviendra membre de l’organisation criminelle s’il avoue son crime au chef du gang, Monsieur Big (*Hart*, par. 1-2).

[10] Dans le cadre de l’opération Monsieur Big, M. Thielen et l’agent B., un agent banalisé, ont fait un voyage en voiture en mai 2010. Durant ce voyage, M. Thielen a dit à l’agent B. qu’il avait abattu M<sup>me</sup> Lamoureux et M. Bontkes.

[11] En juillet 2010, M. Thielen a rencontré un agent banalisé se faisant passer pour le chef du gang, et il lui a dit qu’il avait abattu M<sup>me</sup> Lamoureux, mais que « Paulie » et Michelle Motola avaient abattu M. Bontkes. « Paulie » était le surnom de M. Bradshaw.

[12] Plus tard ce jour-là, MM. Thielen et Bradshaw se sont rencontrés à l’hôtel Best Western. Leur conversation a été enregistrée, mais seule la dernière partie est audible. M. Bradshaw a affirmé avoir abattu M. Bontkes et avoir participé aux deux meurtres.

[13] Deux jours plus tard, MM. Thielen et Bradshaw se sont rencontrés au parc Bothwell. M. Bradshaw a parlé d’une tentative ratée de tuer M. Bontkes, une tentative qui a précédé le meurtre de M. Bontkes en mars 2009.

[14] Thielen was arrested on July 30, 2010. He initially denied his involvement in both murders. However, when the police told Thielen that he had been the target of a Mr. Big operation, he then described the murders and identified unnamed participants. The next day, he made another statement to the police in which he described the murders and directly named Bradshaw. A few days later, Thielen re-enacted the murders for the police officers and implicated Bradshaw in both murders. This re-enactment was recorded in a roughly six-hour video.

[15] Thielen and Bradshaw were initially charged together with two counts of first degree murder. However, Thielen pled guilty to second degree murder before the trial started. Thielen was called as a Crown witness in Bradshaw's trial, but refused to be sworn to give testimony. As a result, he was held in contempt of court. The Crown sought to admit part of the re-enactment video — a hearsay statement — into evidence.

### III. Decisions Below

[16] Following a *voir dire*, Greyell J. admitted the re-enactment video into evidence (2012 BCSC 2025). He found that this hearsay statement was necessary and sufficiently reliable to be admitted. In finding that the statement was sufficiently reliable, he noted that the re-enactment was voluntary, incriminating, and was made after Thielen received legal advice. The statement was also corroborated by extrinsic evidence. However, given Thielen's unsavoury character, the trial judge determined that a strong *Vetrovec* warning regarding the re-enactment video was required.

[17] The British Columbia Court of Appeal held that the trial judge erred in admitting the re-enactment video because it was not sufficiently reliable. The court noted that the trial judge relied significantly

[14] M. Thielen a été arrêté le 30 juillet 2010. Il a d'abord nié avoir participé aux deux meurtres. Cependant, lorsque les policiers ont dit à M. Thielen qu'il avait été la cible d'une opération Monsieur Big, il a décrit les meurtres et a identifié des complices sans les nommer. Le lendemain, il a fait aux policiers une autre déclaration dans laquelle il décrivait les meurtres et nommait expressément M. Bradshaw. Quelques jours plus tard, M. Thielen a reconstitué les meurtres pour les policiers et a impliqué M. Bradshaw dans les deux meurtres. Cette reconstitution a été enregistrée sur une bande vidéo qui dure environ six heures.

[15] Initialement, MM. Thielen et Bradshaw ont été accusés ensemble de deux chefs de meurtre au premier degré. Cependant, M. Thielen a plaidé coupable à une accusation de meurtre au second degré avant le début du procès. Au procès de M. Bradshaw, il a été cité comme témoin à charge mais il a refusé d'être assermenté pour témoigner. En conséquence, il a été reconnu coupable d'outrage au tribunal. Le ministère public a tenté de faire admettre en preuve une partie de la vidéo de la reconstitution, qui constitue une déclaration relatée.

### III. Décisions des juridictions inférieures

[16] À la suite d'un *voir-dire*, le juge Greyell a admis en preuve la vidéo de la reconstitution (2012 BCSC 2025). Il a conclu que cette déclaration relatée était nécessaire et suffisamment fiable pour être admise. En concluant que la déclaration était suffisamment fiable, il a souligné que la reconstitution était volontaire et incriminante, et que M. Thielen l'avait faite après avoir reçu un avis juridique. La déclaration a également été corroborée par des éléments de preuve extrinsèques. Cependant, compte tenu de l'honnêteté douteuse de M. Thielen, le juge du procès a établi qu'une sérieuse mise en garde de type *Vetrovec* s'imposait à l'égard de la vidéo de la reconstitution.

[17] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge du procès avait eu tort d'admettre en preuve la vidéo de la reconstitution, parce qu'elle n'était pas suffisamment fiable. La cour a souligné

on evidence that did not implicate Bradshaw in the murders as corroboration. Furthermore, in the recorded conversations at the Best Western Hotel and Bothwell Park, Bradshaw did not implicate himself in the murders to the degree that Thielen implicated Bradshaw in the re-enactment. The British Columbia Court of Appeal concluded that the trial judge erred in finding that threshold reliability was established. It allowed the appeal, set aside the guilty verdicts, and ordered a new trial (2015 BCCA 195, 323 C.C.C. (3d) 475).

#### IV. Analysis

##### A. *Legal Principles*

[18] Hearsay can exceptionally be admitted into evidence if it is necessary and sufficiently reliable. This appeal raises the following question: When can a trial judge rely on corroborative evidence to conclude that the threshold reliability of a hearsay statement is established? To answer, I turn to the rationale for the rule against hearsay and for the principled exception to this rule.

##### (1) The Principled Exception to the Hearsay Rule

[19] The truth-seeking process of a trial is predicated on the presentation of evidence in court. Litigants make their case by presenting real evidence and *viva voce* testimony to the trier of fact. In court, witnesses give testimony under oath or solemn affirmation. The trier of fact directly observes the real evidence and hears the testimony, so there is no concern that the evidence was recorded inaccurately. This process gives the trier of fact robust tools for testing the truthfulness of evidence and assessing its value. To determine whether a witness is telling the truth, the trier of fact can observe the witness's demeanor and assess whether the testimony withstands testing through cross-examination (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 35).

que le juge du procès s'était considérablement fondé sur des éléments de preuve corroborants qui n'impliquaient pas M. Bradshaw dans les meurtres. De plus, dans les conversations enregistrées à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell, M. Bradshaw ne s'était pas impliqué dans les meurtres dans la mesure décrite par M. Thielen dans la reconstitution. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en estimant que le seuil de fiabilité était établi. Elle a accueilli l'appel, annulé les verdicts de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2015 BCCA 195, 323 C.C.C. (3d) 475).

#### IV. Analyse

##### A. *Principes juridiques*

[18] Le oui-dire peut exceptionnellement être admis en preuve s'il est nécessaire et suffisamment fiable. Le pourvoi soulève la question suivante : dans quelles circonstances un juge du procès peut-il se fonder sur une preuve corroborante pour conclure que le seuil de fiabilité d'une déclaration relatée est établi? Pour résoudre cette question, j'examine le fondement de la règle interdisant le oui-dire et de l'exception raisonnée à cette règle.

##### (1) L'exception raisonnée à la règle du oui-dire

[19] Le processus de recherche de la vérité d'un procès repose sur la présentation de la preuve en cour. Les parties présentent leur cause en soumettant au juge des faits des preuves matérielles et des témoignages de vive voix. En cour, les témoins font leur déposition sous serment ou affirmation solennelle. Le juge des faits observe directement les preuves matérielles et entend les témoignages, de sorte qu'il n'y a aucun risque que la preuve soit rapportée de manière inexacte. Ce processus procure au juge des faits des outils solides pour apprécier la véracité de la preuve et en évaluer la valeur. Pour savoir si un témoin dit la vérité, le juge des faits peut observer son comportement et juger si le témoignage résiste à l'épreuve d'un contre-interrogatoire (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 35).

[20] Hearsay is an out-of-court statement tendered for the truth of its contents. Because hearsay is declared outside of court, it is often difficult for the trier of fact to assess whether it is trustworthy. Generally, hearsay is not taken under oath, the trier of fact cannot observe the declarant's demeanor as she makes the statement, and hearsay is not tested through cross-examination (*R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 764). Allowing a trier of fact to consider hearsay can therefore compromise trial fairness and the trial's truth-seeking process. The hearsay statement may be inaccurately recorded, and the trier of fact cannot easily investigate the declarant's perception, memory, narration, or sincerity (*Khelawon*, at para. 2). As Fish J. explains in *R. v. Baldree*, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520:

First, the declarant may have *misperceived* the facts to which the hearsay statement relates; second, even if correctly perceived, the relevant facts may have been *wrongly remembered*; third, the declarant may have narrated the relevant facts in an *unintentionally misleading manner*; and finally, the declarant may have *knowingly made a false assertion*. The opportunity to fully probe these potential sources of error arises only if the declarant is present in court and subject to cross-examination. [Emphasis in original; para. 32.]

[21] Given the dangers that hearsay evidence presents, “[t]he fear is that untested hearsay evidence may be afforded more weight than it deserves” (*Khelawon*, at para. 35). Therefore, while all relevant evidence is generally admissible, hearsay is presumptively inadmissible (*Khelawon*, at paras. 2-3).

[22] However, some hearsay evidence “presents minimal dangers and its *exclusion*, rather than its admission, would impede accurate fact finding” (*Khelawon*, at para. 2 (emphasis in original)). Thus, categorical exceptions to the rule excluding hearsay developed through the common law over time. These traditional exceptions are based on admitting types of hearsay statements that were considered

[20] Le ouï-dire est une déclaration extrajudiciaire présentée pour établir la véracité de son contenu. Puisque la déclaration est faite à l'extérieur du tribunal, il est souvent difficile pour le juge des faits d'apprécier si elle est digne de foi. En général, le ouï-dire n'est pas fait sous serment, le juge des faits ne peut observer le comportement du déclarant au moment où il fait sa déclaration, et le déclarant n'est pas soumis à l'épreuve du contre-interrogatoire (*R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 764). Le fait de permettre au juge des faits de tenir compte du ouï-dire peut donc compromettre l'équité du procès et le processus de recherche de la vérité. La déclaration relatée peut être rapportée de manière inexacte, et le juge des faits ne peut pas facilement mettre à l'épreuve la perception, la mémoire, la relation du fait ou la sincérité du déclarant (*Khelawon*, par. 2). Comme le juge Fish l'a expliqué dans *R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520 :

Premièrement, il se peut que le déclarant ait *mal perçu* les faits relatés dans sa déclaration; deuxièmement, même s'il a correctement perçu les faits pertinents, il se peut qu'il ne se les *remémore pas fidèlement*; troisièmement, il est possible qu'en relatant les faits pertinents il *induisse involontairement en erreur*; finalement, il pourrait avoir *sciemment fait une fausse déclaration*. La possibilité de sonder en profondeur ces éventuelles sources d'erreur ne se présente que si le déclarant comparait pour être contre-interrogé. [En italique dans l'original; par. 32.]

[21] Compte tenu des dangers que présente la preuve par ouï-dire, « [o]n craint que la preuve par ouï-dire non vérifiée se voie accorder plus de poids qu'elle n'en mérite » (*Khelawon*, par. 35). Par conséquent, même si tout élément de preuve pertinent est généralement admissible, la preuve par ouï-dire est présumée inadmissible (*Khelawon*, par. 2-3).

[22] Toutefois, certaines preuves par ouï-dire « présente[nt] des dangers minimes et [leur] *exclusion* au lieu de [leur] admission gênerait la constatation exacte des faits » (*Khelawon*, par. 2 (en italique dans l'original)). Par conséquent, les tribunaux ont défini au fil du temps des catégories d'exceptions à la règle d'exclusion du ouï-dire. Ces exceptions traditionnelles sont fondées sur l'admission de certains

necessary and reliable, such as dying declarations (*Khelawon*, at para. 42; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at para. 20; J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (2nd ed. 1923), vol. III, at p. 152).

[23] Eventually, a more flexible approach to hearsay developed through the jurisprudence. Under the principled exception, hearsay can exceptionally be admitted into evidence when the party tendering it demonstrates that the twin criteria of necessity and threshold reliability are met on a balance of probabilities (*Khelawon*, at para. 47).

[24] By only admitting necessary and sufficiently reliable hearsay, the trial judge acts as an evidentiary gatekeeper. She protects trial fairness and the integrity of the truth-seeking process (*Youvarajah*, at paras. 23 and 25). In criminal proceedings, the threshold reliability analysis has a constitutional dimension because the difficulties of testing hearsay evidence can threaten the accused's right to a fair trial (*Khelawon*, at paras. 3 and 47). Even when the trial judge is satisfied that the hearsay is necessary and sufficiently reliable, she has discretion to exclude this evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value (*Khelawon*, at para. 49).

[25] In this case, the necessity of the re-enactment evidence is established because Thielen refused to testify. Thus, its admissibility rests on whether threshold reliability is met.

## (2) Threshold Reliability

[26] To determine whether a hearsay statement is admissible, the trial judge assesses the statement's *threshold* reliability. Threshold reliability is established when the hearsay "is sufficiently reliable to overcome the dangers arising from the difficulty of testing it" (*Khelawon*, at para. 49). These dangers arise notably due to the absence of contemporaneous

types de déclarations relatées qui étaient considérées nécessaires et fiables, comme les déclarations de mourants (*Khelawon*, par. 42; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 20; J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (2<sup>e</sup> éd. 1923), vol. III, p. 152).

[23] Finalement, une approche plus souple relative au ouï-dire est ressortie de la jurisprudence. Selon l'exception raisonnée, le ouï-dire peut exceptionnellement être admis en preuve lorsque la partie qui le produit démontre que le double critère de la nécessité et du seuil de fiabilité est respecté selon la prépondérance des probabilités (*Khelawon*, par. 47).

[24] En admettant seulement le ouï-dire nécessaire et suffisamment fiable, le juge du procès agit à titre de gardien de la preuve. Il protège l'équité du procès et l'intégrité du processus de recherche de la vérité (*Youvarajah*, par. 23 et 25). Dans les poursuites criminelles, l'appréciation du seuil de fiabilité comporte une dimension constitutionnelle, parce que la difficulté de vérifier la preuve par ouï-dire peut compromettre le droit de l'accusé à un procès équitable (*Khelawon*, par. 3 et 47). Même lorsque le juge du procès est convaincu que le ouï-dire est nécessaire et suffisamment fiable, il a le pouvoir discrétionnaire de l'exclure si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante (*Khelawon*, par. 49).

[25] Dans le cas qui nous occupe, la preuve tirée de la reconstitution est nécessaire parce que M. Thielen a refusé de témoigner. Ainsi, son admissibilité repose sur la question de savoir s'il a été satisfait au seuil de fiabilité.

## (2) Seuil de fiabilité

[26] Afin d'établir si une déclaration relatée est admissible, le juge du procès apprécie le *seuil* de fiabilité de la déclaration. Le seuil de fiabilité est atteint lorsque la preuve « est suffisamment fiable pour écarter les dangers que comporte la difficulté de la vérifier » (*Khelawon*, par. 49). Ces dangers surviennent notamment en raison de l'impossibilité

cross-examination of the hearsay declarant before the trier of fact (*Khelawon*, at paras. 35 and 48). In assessing threshold reliability, the trial judge must identify the specific hearsay dangers presented by the statement and consider any means of overcoming them (*Khelawon*, at paras. 4 and 49; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 75). The dangers relate to the difficulties of assessing the declarant's perception, memory, narration, or sincerity, and should be defined with precision to permit a realistic evaluation of whether they have been overcome.

[27] The hearsay dangers can be overcome and threshold reliability can be established by showing that (1) there are adequate substitutes for testing truth and accuracy (procedural reliability) or (2) there are sufficient circumstantial or evidentiary guarantees that the statement is inherently trustworthy (substantive reliability) (*Khelawon*, at paras. 61-63; *Youvarajah*, at para. 30).

[28] *Procedural* reliability is established when "there are adequate substitutes for testing the evidence", given that the declarant has not "state[d] the evidence in court, under oath, and under the scrutiny of contemporaneous cross-examination" (*Khelawon*, at para. 63). These substitutes must provide a satisfactory basis for the trier of fact to rationally evaluate the truth and accuracy of the hearsay statement (*Khelawon*, at para. 76; *Hawkins*, at para. 75; *Youvarajah*, at para. 36). Substitutes for traditional safeguards include a video recording of the statement, the presence of an oath, and a warning about the consequences of lying (*B. (K.G.)*, at pp. 795-96). However, some form of cross-examination of the declarant, such as preliminary inquiry testimony (*Hawkins*) or cross-examination of a recanting witness at trial (*B. (K.G.)*; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764), is usually required (*R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at paras. 92 and 95). In this respect, I disagree with the Court of Appeal's categorical assertion that safeguards relevant to assessing procedural reliability are only "those in place when the statement is taken" (para. 30). Some safeguards imposed at trial, such as cross-examination of a

de contre-interroger le déclarant devant le juge des faits au moment où il fait sa déclaration (*Khelawon*, par. 35 et 48). En appréciant le seuil de fiabilité, le juge du procès doit cerner les dangers spécifiques du oui-dire que pose la déclaration et envisager des moyens de les écarter (*Khelawon*, par. 4 et 49; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 75). Ces dangers se rapportent au fait qu'il peut être difficile d'évaluer la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait ou sa sincérité, et ils devraient être définis avec précision pour qu'on puisse évaluer de façon réaliste s'ils sont écartés.

[27] Les dangers du oui-dire peuvent être écartés et le seuil de fiabilité peut être atteint s'il est démontré (1) qu'il existe d'autres façons adéquates de vérifier la vérité et l'exactitude (fiabilité d'ordre procédural), ou (2) qu'il existe des garanties circonstancielles ou relatives à la preuve conférant une fiabilité inhérente à la déclaration relatée (fiabilité substantielle) (*Khelawon*, par. 61-63; *Youvarajah*, par. 30).

[28] La fiabilité *d'ordre procédural* est établie « lorsqu'il existe d'autres façons adéquates de [. . .] vérifier [la preuve] », compte tenu du fait que le déclarant n'a pas témoigné « sous serment devant le tribunal, tout en [subissant] un contre-interrogatoire minutieux » (*Khelawon*, par. 63). Ces autres façons de vérifier la preuve doivent fournir au juge des faits une base satisfaisante pour apprécier rationnellement la véracité et l'exactitude de la déclaration relatée (*Khelawon*, par. 76; *Hawkins*, par. 75; *Youvarajah*, par. 36). Constituent des substituts aux garanties traditionnelles notamment un enregistrement vidéo de la déclaration, l'existence d'un serment et un avertissement au sujet des conséquences liées au fait de mentir (*B. (K.G.)*, p. 795-796). Cependant, une certaine forme de contre-interrogatoire du déclarant, comme le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire (*Hawkins*) ou le contre-interrogatoire d'un témoin qui se rétracte au procès (*B. (K.G.)*; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764), est habituellement nécessaire (*R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 92 et 95). À cet égard, je ne partage pas l'avis catégorique de la Cour d'appel voulant que les garanties pertinentes pour évaluer la fiabilité

recanting witness before the trier of fact, may provide a satisfactory basis for testing the evidence.

[29] However, jury warnings about the dangers of hearsay evidence or *Vetrovec* testimony do not provide adequate substitutes for traditional safeguards. Instructing a jury on *how* to evaluate a statement that it lacks the *means* to evaluate does not address the hearsay dangers that underlie the exclusionary rule. Furthermore, *Vetrovec* warnings are designed to address concerns about a witness who is inherently untrustworthy, despite the opportunity to cross-examine in court. They are not tools for assessing the truth and accuracy of a hearsay statement in the absence of contemporaneous cross-examination.

[30] A hearsay statement is also admissible if *substantive* reliability is established, that is, if the statement is inherently trustworthy (*Youvarajah*, at para. 30; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, at p. 929). To determine whether the statement is inherently trustworthy, the trial judge can consider the circumstances in which it was made and evidence (if any) that corroborates or conflicts with the statement (*Khelawon*, at paras. 4, 62 and 94-100; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 55).

[31] While the standard for substantive reliability is high, guarantee “as the word is used in the phrase ‘circumstantial guarantee of trustworthiness’, does not require that reliability be established with absolute certainty” (*Smith*, at p. 930). Rather, the trial judge must be satisfied that the statement is “so reliable that contemporaneous cross-examination of the declarant would add little if anything to the process” (*Khelawon*, at para. 49). The level of certainty required has been articulated in different ways throughout this Court’s jurisprudence. Substantive

d’ordre procédural soient seulement [TRADUCTION] « celles qui sont en place lorsque la déclaration est recueillie » (par. 30). Certaines garanties imposées au procès, comme le contre-interrogatoire devant le juge des faits d’un témoin qui se rétracte, peuvent constituer une base satisfaisante pour vérifier la preuve.

[29] Cependant, les mises en garde au jury concernant les dangers associés à la preuve par ouï-dire ou les témoignages visés par *Vetrovec* n’offrent pas des substituts adéquats aux garanties traditionnelles. Le fait de donner des directives au jury sur la *façon* d’évaluer une déclaration qu’il n’a pas les *moyens* d’évaluer ne réduit pas les dangers associés au ouï-dire qui sous-tendent la règle d’exclusion. De plus, les mises en garde de type *Vetrovec* visent à répondre aux préoccupations concernant les témoins qui sont en soi non dignes de foi, malgré la possibilité qu’ils soient contre-interrogés en cour. Ce ne sont pas des outils d’évaluation de la véracité et de l’exactitude d’une déclaration relatée en l’absence de contre-interrogatoire effectué au moment où la déclaration est faite.

[30] La déclaration relatée est également admissible si la fiabilité *substantielle* est établie, c’est-à-dire si la déclaration est intrinsèquement fiable (*Youvarajah*, par. 30; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, p. 929). Pour établir si la déclaration est intrinsèquement fiable, le juge du procès peut prendre en compte les circonstances dans lesquelles elle a été faite et la preuve (le cas échéant) qui corrobore ou contredit la déclaration (*Khelawon*, par. 4, 62 et 94-100; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 55).

[31] Bien que la norme de la fiabilité substantielle soit élevée, la garantie « qui figure dans l’expression “garantie circonstancielle de fiabilité” n’exige pas qu’on établisse la fiabilité de manière absolument certaine » (*Smith*, p. 930). Le juge du procès doit plutôt être convaincu que la déclaration est « si fiable qu’il aurait été peu ou pas utile de contre-interroger le déclarant au moment précis où il s’est exprimé » (*Khelawon*, par. 49). Au fil de ses décisions, la Cour a exprimé le degré de certitude requis de différentes façons. La fiabilité substantielle



reliability is established when the statement “is made under circumstances which substantially negate the possibility that the declarant was untruthful or mistaken” (*Smith*, at p. 933); “under such circumstances that even a sceptical caution would look upon it as trustworthy” (*Khelawon*, at para. 62, citing Wigmore, at p. 154); when the statement is so reliable that it is “unlikely to change under cross-examination” (*Khelawon*, at para. 107; *Smith*, at p. 937); when “there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about” (*Khelawon*, at para. 62); when the only likely explanation is that the statement is true (*U. (F.J.)*, at para. 40).

[32] These two approaches to establishing threshold reliability may work in tandem. Procedural reliability and substantive reliability are not mutually exclusive (*Khelawon*, at para. 65) and “factors relevant to one can complement the other” (*Couture*, at para. 80). That said, the threshold reliability standard always remains high — the statement must be sufficiently reliable to overcome the specific hearsay dangers it presents (*Khelawon*, at para. 49). For example, in *U. (F.J.)*, where the Court drew on elements of substantive and procedural reliability to justify the admission of a hearsay statement, both cross-examination of the recanting witness and corroborative evidence were required to meet threshold reliability, though neither on its own would have sufficed (see also *Blackman*, at paras. 37-52). I know of no other example from this Court’s jurisprudence of substantive and procedural reliability complementing each other to justify the admission of a hearsay statement. Great care must be taken to ensure that this combined approach does not lead to the admission of statements despite insufficient procedural safeguards and guarantees of inherent trustworthiness to overcome the hearsay dangers.

est établie lorsque la déclaration « a été faite dans des circonstances qui écartent considérablement la possibilité que le déclarant ait menti ou commis une erreur » (*Smith*, p. 933); « dans des circonstances où même un sceptique prudent la considérerait comme très probablement fiable » (*Khelawon*, par. 62, citant Wigmore, p. 154); lorsque la déclaration est si fiable qu’elle « ne serait pas susceptible de changer lors d’un contre-interrogatoire » (*Khelawon*, par. 107; *Smith*, p. 937); lorsqu’« il n’y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite » (*Khelawon*, par. 62); lorsque la seule explication probable est que la déclaration est véridique (*U. (F.J.)*, par. 40).

[32] Ces deux approches visant à établir le seuil de fiabilité peuvent aller de pair. La fiabilité d’ordre procédural et la fiabilité substantielle ne sont pas des catégories mutuellement exclusives (*Khelawon*, par. 65) et « les facteurs pertinents à l’égard de l’une peuvent servir à compléter l’autre » (*Couture*, par. 80). Cela dit, la norme du seuil de fiabilité demeure toujours élevée — la déclaration doit être suffisamment fiable pour écarter les dangers spécifiques du oui-dire qu’elle présente (*Khelawon*, par. 49). Par exemple, dans *U. (F.J.)*, lorsque la Cour s’est appuyée sur des éléments de fiabilité d’ordre procédural et de fiabilité substantielle pour accepter l’admission d’une déclaration relatée, le contre-interrogatoire du témoin qui se rétracte et la preuve corroborante étaient nécessaires pour que le seuil de fiabilité soit atteint, mais aucun n’était suffisant à lui seul (voir également *Blackman*, par. 37-52). Je ne connais aucun autre exemple provenant de la jurisprudence de la Cour où la fiabilité d’ordre procédural et la fiabilité substantielle se complètent pour que l’admission d’une déclaration relatée soit acceptée. Il faut prendre bien soin de s’assurer que cette approche combinée ne donne pas lieu à l’admission de déclarations malgré le fait que les mesures de protection procédurales et les garanties de fiabilité inhérentes soient insuffisantes pour écarter les dangers du oui-dire.

(3) Corroborative Evidence and Substantive Reliability

[33] With these principles in mind, I turn to the issue at the heart of this appeal: When and how can a trial judge rely on corroborative evidence to conclude that substantive reliability is established?

[34] The Crown submits that threshold reliability involves a consideration of all the corroborative evidence that supports the truthfulness of a statement, including evidence that does not implicate the accused, or directly confirm the disputed aspect of the statement. The Crown explains that this approach to corroboration is aligned with other areas of the law, including corroboration when assessing the ultimate reliability of hearsay statements, the ultimate reliability of unsavoury witness statements, and the threshold reliability of Mr. Big statements.

[35] In contrast, the respondent Bradshaw submits that the trial judge can only consider evidence that corroborates the *purpose* for which a hearsay statement is tendered, and notes that the re-enactment statement was tendered to implicate him in the murders.

[36] In my view, the Crown's position that "a uniform definition of confirmatory evidence" should be employed "at both the threshold and ultimate reliability stages" is untenable because it misconstrues the relationship between threshold and ultimate reliability (A.F., at para. 96). It also misconstrues the relationship between threshold reliability and probative value.

[37] In *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144, this Court held that corroborative evidence could not be considered in assessing the threshold reliability of hearsay. This bright-line rule was created to ensure that the trial judge did not invade the

(3) Éléments de preuve corroborants et fiabilité substantielle

[33] En gardant ces principes à l'esprit, j'aborde la question au cœur du présent pourvoi : dans quelles circonstances et de quelle façon le juge du procès peut-il s'appuyer sur des éléments de preuve corroborants pour conclure que la fiabilité substantielle est établie?

[34] Le ministère public soutient que l'appréciation du seuil de fiabilité suppose un examen de tous les éléments de preuve corroborants qui appuient la véracité d'une déclaration, y compris les éléments de preuve qui n'impliquent pas l'accusé ou qui ne confirment pas directement l'aspect contesté de la déclaration. Il explique que cette approche à l'égard de la corroboration est conforme aux autres domaines du droit, y compris la corroboration lors de l'appréciation de la fiabilité en dernière analyse de déclarations relatées, de la fiabilité en dernière analyse des déclarations de témoins à l'honnêteté douteuse et du seuil de fiabilité de déclarations obtenues dans le cadre d'une opération Monsieur Big.

[35] Par contre, M. Bradshaw, l'intimé, plaide que le juge du procès peut seulement tenir compte des éléments de preuve qui corroborent l'*objet* pour lequel la déclaration relatée est produite, et souligne que la déclaration de reconstitution a été produite pour l'impliquer dans les meurtres.

[36] À mon avis, la position du ministère public voulant qu'une [TRADUCTION] « définition uniforme de la preuve de corroboration » soit employée « tant à l'étape du seuil de fiabilité qu'à celle de la fiabilité en dernière analyse » est indéfendable parce qu'elle repose sur une interprétation erronée du lien entre le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse (m.a., par. 96). Elle repose également sur une interprétation erronée du lien entre le seuil de fiabilité et la valeur probante.

[37] Dans *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, la Cour a conclu que les éléments de preuve corroborants ne pouvaient pas être pris en considération lors de l'appréciation du seuil de fiabilité du oui-dire. Cette règle de démarcation nette

province of the trier of fact by pre-determining a hearsay statement's ultimate reliability (para. 217).<sup>1</sup>

[38] *Khelawon* overturned *Starr* on this point. Charron J. explained that, in appropriate cases, corroborative or conflicting evidence can be considered in assessing threshold reliability (paras. 93-100). *Khelawon* established that “an item of evidence [that] goes to the trustworthiness of the statement . . . should no longer be excluded simply on the basis that it is corroborative in nature” (*Blackman*, at para. 55 (emphasis added)). But “[i]t is important to emphasize that *Khelawon* did not broaden the scope of the admissibility inquiry; it merely refocused it” (*Blackman*, at para. 54). While *Khelawon* overturned the prohibition on considering corroborative evidence in the admissibility inquiry, it reaffirmed the distinction between threshold and ultimate reliability (para. 50; *Blackman*, at para. 56).

[39] The distinction between threshold and ultimate reliability, while “a source of confusion”, is crucial (*Khelawon*, at para. 50). Threshold reliability concerns admissibility, whereas ultimate reliability concerns reliance (*Khelawon*, at para. 3). When threshold reliability is based on the inherent trustworthiness of the statement, the trial judge and the trier of fact may both assess the trustworthiness of the hearsay statement. However, they do so for different purposes (*Khelawon*, at paras. 3 and 50). In assessing ultimate reliability, the trier of fact determines whether, and to what degree, the statement should be believed, and thus relied on to decide issues in the case (*Khelawon*, at para. 50; D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at pp. 35-36). This determination is made “in the context of the entirety of the evidence” including

<sup>1</sup> This rule was criticized for being antithetical to the flexible nature of the principled exception to hearsay (H. Stewart, “*Khelawon*: The Principled Approach to Hearsay Revisited” (2008), 12 *Can. Crim. L.R.* 95, at p. 105) and for leading to the exclusion of manifestly reliable hearsay evidence (S. Akhtar, “Hearsay: The Denial of Confirmation” (2005), 26 C.R. (6th) 46).

a été créée pour que le juge du procès n’empiète pas sur la compétence du juge des faits en préjugant de la fiabilité en dernière analyse de la déclaration relatée (par. 217)<sup>1</sup>.

[38] À cet égard, l’arrêt *Khelawon* a infirmé l’arrêt *Starr*. Le juge Charron a expliqué que, dans les cas appropriés, les éléments de preuve corroborants ou contradictoires peuvent être pris en compte lors de l’appréciation du seuil de fiabilité (par. 93-100). Suivant l’arrêt *Khelawon*, « un élément de preuve [qui] permet d’établir la véracité d’une déclaration [. . .] ne devrait plus être exclu simplement parce qu’il s’agit d’une preuve corroborante » (*Blackman*, par. 55 (je souligne)). Mais il importe de « souligner que *Khelawon* n’a pas élargi la portée de l’examen de l’admissibilité; il n’a fait que le mettre au point » (*Blackman*, par. 54). Bien que *Khelawon* ait infirmé l’interdiction de tenir compte des éléments de preuve corroborants lors de l’examen de l’admissibilité, il a confirmé la distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse (par. 50; *Blackman*, par. 56).

[39] La distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse, bien qu’elle puisse être « source de confusion », est essentielle (*Khelawon*, par. 50). Le seuil de fiabilité porte sur l’admissibilité de l’élément de preuve, tandis que la fiabilité en dernière analyse est liée au fait de s’y fier (*Khelawon*, par. 3). Lorsque le seuil de fiabilité repose sur la fiabilité intrinsèque de la déclaration, le juge du procès et le juge des faits peuvent tous les deux évaluer si la déclaration relatée est digne de foi. Cependant, ils le font pour des raisons différentes (*Khelawon*, par. 3 et 50). Lorsqu’il apprécie la fiabilité en dernière analyse, le juge des faits établit dans quelle mesure la déclaration est digne de foi et, si elle l’est, dans quelle mesure il devrait s’y fier pour trancher les questions en litige (*Khelawon*, par. 50; D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7<sup>e</sup> éd.

<sup>1</sup> Cette règle a été critiquée parce que jugée antithétique à la nature flexible de l’exception raisonnée à la règle du oui-dire (H. Stewart, « *Khelawon* : The Principled Approach to Hearsay Revisited » (2008), 12 *Rev. can. D.P.* 95, p. 105) et parce qu’elle donnait lieu à l’exclusion de déclarations relatées manifestement fiables (S. Akhtar, « Hearsay : The Denial of Confirmation » (2005), 26 C.R. (6th) 46).

evidence that corroborates the accused's guilt or the declarant's overall credibility (*Khelawon*, at para. 3).

[40] In contrast, in assessing threshold reliability, the trial judge's preoccupation is whether in-court, contemporaneous cross-examination of the hearsay declarant would add anything to the trial process (*Khelawon*, at para. 49; see also H. Stewart, "Khelawon: The Principled Approach to Hearsay Revisited" (2008), 12 *Can. Crim. L.R.* 95, at p. 106). At the threshold stage, the trial judge must decide on the *availability* of competing explanations (substantive reliability) and whether the trier of fact will be in a position to choose between them by means of adequate substitutes for contemporaneous cross-examination (procedural reliability). For this reason, where procedural reliability is concerned with whether there is a satisfactory basis to rationally *evaluate* the statement, substantive reliability is concerned with whether the circumstances, and any corroborative evidence, provide a rational basis to *reject* alternative explanations for the statement, other than the declarant's truthfulness or accuracy.

[41] In short, in the hearsay context, the difference between threshold and ultimate reliability is qualitative, and not a matter of degree, because the trial judge's inquiry serves a distinct purpose. In assessing substantive reliability, the trial judge does not usurp the trier of fact's role. Only the trier of fact assesses whether the hearsay statement should ultimately be relied on and its probative value.

[42] To preserve the distinction between threshold and ultimate reliability and to prevent the *voir dire* from overtaking the trial, "[t]here must be a distinction between evidence that is admissible on the *voir dire* to determine necessity and reliability, and the evidence that is admissible in the main trial"

(2015), p. 35-36). Il prend cette décision « au regard de l'ensemble de la preuve », ce qui comprend la preuve qui corrobore la culpabilité de l'accusé ou la crédibilité générale du déclarant (*Khelawon*, par. 3).

[40] Par contre, lorsqu'il apprécie le seuil de fiabilité, le juge du procès se demande si un contre-interrogatoire en cour du déclarant au moment où il a fait sa déclaration aurait été utile au processus judiciaire (*Khelawon*, par. 49; voir aussi H. Stewart, « *Khelawon* : The Principled Approach to Hearsay Revisited » (2008), 12 *Rev. can. D.P.* 95, p. 106). À l'étape du seuil de fiabilité, le juge du procès doit déterminer si des explications différentes sont *disponibles* (fiabilité substantielle) et si le juge des faits sera en mesure de choisir parmi celles-ci par des moyens qui se substituent adéquatement au contre-interrogatoire mené au moment où le déclarant fait sa déclaration (fiabilité d'ordre procédural). Pour cette raison, alors que la fiabilité d'ordre procédural porte sur la question de savoir s'il existe une base satisfaisante pour *apprécier* rationnellement la déclaration, la fiabilité substantielle porte sur la question de savoir si les circonstances, et tout élément de preuve corroborant, fournissent une base rationnelle pour *rejeter* les autres explications de la déclaration, hormis la véracité du déclarant ou l'exactitude de sa déclaration.

[41] Bref, dans le contexte du oui-dire, la différence entre le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse est d'ordre qualitatif et ne tient pas à une question de degré, parce que l'examen du juge du procès sert un objectif distinct. Lorsqu'il apprécie la fiabilité substantielle, le juge du procès n'usurpe pas la fonction du juge des faits. Seul ce dernier détermine s'il y a lieu en dernière analyse de prêter foi à la déclaration relatée et en apprécie la valeur probante.

[42] Pour préserver la distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse et pour empêcher le voir-dire d'occulter le procès, [TRADUCTION] « [i] faut pouvoir distinguer la preuve admissible au voir-dire pour établir la nécessité et la fiabilité et la preuve admissible au procès principal »

(Stewart, at p. 111; see also L. Lacelle, “The Role of Corroborating Evidence in Assessing the Reliability of Hearsay Statements for Substantive Purposes” (1999), 19 C.R. (5th) 376; *Blackman*, at paras. 54-57). As Charron J. explained in *Khelawon*, “the trial judge must remain mindful of the limited role that he or she plays in determining admissibility — it is crucial to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be pre-determined on the admissibility *voir dire*” (para. 93). Similarly, she noted in *Blackman*: “The admissibility *voir dire* must remain focused on the hearsay evidence in question. It is not intended, and cannot be allowed by trial judges, to become a full trial on the merits” (para. 57). Limiting the use of corroborative evidence as a basis for admitting hearsay also mitigates the risk that inculpatory hearsay will be admitted simply because evidence of the accused’s guilt is strong. The stronger the case against the accused, the easier it would be to admit flawed and unreliable hearsay against him. The limited inquiry into corroborative evidence flows from the fact that, at the threshold reliability stage, corroborative evidence is used in a manner that is qualitatively distinct from the manner in which the trier of fact uses it to assess the statement’s ultimate reliability. As Lederman, Bryant and Fuerst explain, at the threshold reliability stage,

[t]he use of corroborative evidence should be directed to the reliability of the hearsay. Certain items of evidence can take on a corroborative character and be supportive of the Crown’s theory when considered in the context of the evidence as a whole. Such evidence relates to the merits of the case rather than to the limited focus of the *voir dire* in assessing the trustworthiness of the statement and is properly left to the ultimate trier of fact.

(S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), at §6.140)

(Stewart, p. 111; voir également L. Lacelle, « The Role of Corroborating Evidence in Assessing the Reliability of Hearsay Statements for Substantive Purposes » (1999), 19 C.R. (5th) 376; *Blackman*, par. 54-57). Comme l’a expliqué la juge Charron dans *Khelawon*, « le juge du procès doit demeurer conscient du rôle limité qu’il joue lorsqu’il se prononce sur l’admissibilité — il est essentiel pour assurer l’intégrité du processus de constatation des faits que la question de la fiabilité en dernière analyse ne soit pas préjugée lors du voir-dire portant sur l’admissibilité » (par. 93). De même, elle a signalé ce qui suit dans *Blackman* : « Le voir-dire sur l’admissibilité doit demeurer centré sur la preuve par ouï-dire en question. Il ne vise pas — et les juges de première instance ne sauraient pas le permettre non plus — à assimiler ce processus à un procès complet sur le fond » (par. 57). Le fait de limiter l’utilisation de la preuve corroborante comme base de l’admission du ouï-dire atténue également le risque qu’une déclaration relatée incriminante soit admise simplement parce que la preuve de la culpabilité de l’accusé est forte. Plus la preuve contre l’accusé est forte, plus il serait facile d’admettre contre lui un ouï-dire entaché d’un vice et non fiable. L’examen limité de la preuve corroborante découle du fait que, à l’étape du seuil de fiabilité, la preuve corroborante est utilisée d’une manière distincte, au plan qualitatif, de la manière dont le juge des faits l’utilise pour évaluer la fiabilité de la déclaration en dernière analyse. Comme l’expliquent Lederman, Bryant et Fuerst, à l’étape du seuil de fiabilité,

[TRADUCTION] [l]e recours à la preuve corroborante devrait viser la fiabilité du ouï-dire. Certains éléments de preuve peuvent servir de preuve corroborante et appuyer la thèse du ministère public lorsqu’ils sont examinés dans le contexte de l’ensemble de la preuve. Ces éléments de preuve se rapportent au fond de l’affaire plutôt qu’au contexte restreint du voir-dire en vue d’évaluer la crédibilité de la déclaration, et il vaut mieux en laisser l’appréciation au juge des faits.

(S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4<sup>e</sup> éd. 2014), §6.140)

[43] Thus, the Crown's argument that the approach to corroboration when assessing the ultimate reliability of *Vetrovec* testimony is analogous to the approach for assessing the threshold reliability of hearsay is also fundamentally flawed. Further, an unsavoury witness, unlike a hearsay declarant, is a witness at trial and can be cross-examined. The particular dangers posed by the absence of cross-examination make it necessary to distinguish between the *Vetrovec* and hearsay approaches to corroborative evidence. As a result, I do not accept the Crown's submissions in this regard.

[44] In my view, the rationale for the rule against hearsay and the jurisprudence of this Court make clear that not all evidence that corroborates the declarant's credibility, the accused's guilt, or one party's theory of the case, is of assistance in assessing threshold reliability. A trial judge can only rely on corroborative evidence to establish threshold reliability if it shows, when considered as a whole and in the circumstances of the case, that the only likely explanation for the hearsay statement is the declarant's truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement. If the hearsay danger relates to the declarant's sincerity, truthfulness will be the issue. If the hearsay danger is memory, narration, or perception, accuracy will be the issue.

[45] First, corroborative evidence must go to the truthfulness or accuracy of the *material aspects* of the hearsay statement (see *Couture*, at paras. 83-84; *Blackman*, at para. 57). Hearsay is tendered for the truth of its contents and corroborative evidence must go to the truthfulness or accuracy of the content of the hearsay statement that the moving party seeks to rely on. Because threshold reliability is about admissibility of evidence, the focus must be on the aspect

[43] Ainsi, l'argument du ministère public voulant que l'approche relative à la corroboration lors de l'appréciation de la fiabilité en dernière analyse d'un témoignage visé par *Vetrovec* s'apparente à celle servant à l'appréciation du seuil de fiabilité du oui-dire est également entaché d'un vice fondamental. De plus, un témoin dont l'honnêteté est douteuse, contrairement à l'auteur d'une déclaration relatée, est un témoin au procès et peut être contre-interrogé. En raison des dangers que pose l'absence de contre-interrogatoire, il est nécessaire de faire la distinction entre l'approche relative à la preuve corroborante dans le cas d'un témoignage visé par *Vetrovec* et l'approche dans le cas d'un oui-dire. Je ne puis donc pas accepter les arguments du ministère public à cet égard.

[44] À mon avis, la raison d'être de la règle d'exclusion du oui-dire et la jurisprudence de la Cour établissent clairement que ce ne sont pas tous les éléments de preuve corroborant la crédibilité du déclarant, la culpabilité de l'accusé ou la thèse d'une des parties, qui seront utiles lors de l'appréciation du seuil de fiabilité. Le juge du procès ne peut, pour établir le seuil de fiabilité, se fonder sur la preuve corroborante que si celle-ci, considérée globalement dans les circonstances de l'espèce, démontre que la seule explication plausible de la déclaration relatée est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ceux-ci. Si le danger associé au oui-dire a trait à la sincérité du déclarant, il faudra considérer la véracité de la déclaration. Si le danger associé au oui-dire a trait à la mémoire, à la relation du fait ou à la perception, il faudra déterminer si la déclaration est exacte.

[45] D'abord, la preuve corroborante doit porter sur la véracité ou l'exactitude des *aspects importants* de la déclaration relatée (voir *Couture*, par. 83-84; *Blackman*, par. 57). Le oui-dire est présenté pour établir la véracité de son contenu, et la preuve corroborante doit porter sur la véracité ou l'exactitude du contenu de la déclaration relatée sur lequel la partie requérante veut s'appuyer. Puisque le seuil de fiabilité est lié à l'admissibilité de la preuve, il faut

of the statement that is tendered for its truth.<sup>2</sup> The function of corroborative evidence at the threshold reliability stage is to mitigate the need for cross-examination, not generally, but *on the point* that the hearsay is tendered to prove.

[46] A similar approach was taken in restricting the type of corroborative evidence that can be relied on to establish the threshold reliability of Mr. Big statements. In *Hart*, Moldaver J. (writing for the majority) concluded that there was a “complete lack of confirmatory evidence” (para. 143), disregarding corroborative evidence that merely confirmed the accused’s presence at the scene of the crime when it took place, because the Mr. Big statement was tendered to show that the accused killed his daughters, not that he was present at the scene of the crime. As Moldaver J. explained:

The issue has always been whether the respondent’s daughters drowned accidentally or were murdered. There was never any question that the respondent was present when his daughters entered the water. All of the objectively verifiable details of the respondent’s confession (e.g., his knowledge of the location of the drowning) flow from his acknowledged presence at the time the drowning occurred. [para. 143]

Thus, in assessing the threshold reliability of Mr. Big statements, the trial judge considers only corroborative evidence that goes to the truthfulness or accuracy of the material aspects of the statement.

[47] Second, at the threshold reliability stage, corroborative evidence must work in conjunction with

<sup>2</sup> Ensuring that corroborative evidence goes to the truthfulness or accuracy of the material aspects of the hearsay statement is particularly important when the hearsay statement is lengthy. In this case, for example, a 200-page transcript from the re-enactment video was given to the jury. If the trial judge were entitled to consider any evidence that corroborated *any* part of this statement in assessing its admissibility, the *voir dire* could become a trial within a trial (*Blackman*, at para. 57).

mettre l’accent sur l’aspect de la déclaration qui est présenté pour établir la véracité de son contenu<sup>2</sup>. À l’étape du seuil de fiabilité, la preuve corroborante doit atténuer le besoin d’un contre-interrogatoire, non pas de façon générale, mais *sur le point* que la déclaration relatée vise à prouver.

[46] Une approche semblable a été adoptée pour limiter le type de preuve corroborante pouvant être invoquée dans le but d’établir le seuil de fiabilité de déclarations issues d’opérations Monsieur Big. Dans *Hart*, le juge Moldaver (au nom des juges majoritaires) a conclu qu’il y avait une « absence complète de preuve de corroboration » (par. 143), et il a mis de côté les éléments de preuve corroborants qui confirmaient simplement la présence de l’accusé sur la scène du crime au moment où celui-ci a eu lieu, puisque la déclaration obtenue dans le cadre de l’opération Monsieur Big avait été présentée pour prouver que l’accusé avait assassiné ses filles, et non qu’il était présent sur les lieux du crime. Comme l’a expliqué le juge Moldaver :

La question a toujours été de savoir si les filles de l’intimé s’étaient noyées accidentellement ou si elles avaient été assassinées. La présence de l’intimé lorsque les fillettes se sont retrouvées dans l’eau n’a jamais été contestée. Toutes les données objectivement vérifiables des aveux (p. ex. la connaissance de l’emplacement de la noyade) découlent du fait qu’il a reconnu avoir été présent au moment du drame. [par. 143]

Ainsi, lorsque le juge du procès apprécie le seuil de fiabilité des déclarations issues d’opérations Monsieur Big, il tient seulement compte d’éléments de preuve corroborants qui portent sur la véracité ou l’exactitude des aspects importants de la déclaration.

[47] Ensuite, à l’étape de l’appréciation du seuil de fiabilité, l’effet conjugué des éléments de preuve

<sup>2</sup> Il est particulièrement important de s’assurer que la preuve corroborante porte sur la véracité ou l’exactitude des aspects importants de la déclaration relatée lorsque celle-ci est longue. En l’espèce, par exemple, une transcription de 200 pages de la vidéo de la reconstitution a été remise au jury. Si le juge du procès était autorisé à tenir compte d’éléments de preuve qui corroborent *toute* partie de cette déclaration lorsqu’il apprécie son admissibilité, le *voir-dire* pourrait devenir un procès à l’intérieur d’un procès (*Blackman*, par. 57).

the circumstances to overcome the *specific hearsay dangers* raised by the tendered statement. When assessing the admissibility of hearsay evidence, “the scope of the inquiry must be tailored to the particular dangers presented by the evidence and limited to determining the evidentiary question of admissibility” (*Khelawon*, at para. 4). Thus, to overcome the hearsay dangers and establish substantive reliability, corroborative evidence must show that the material aspects of the statement are unlikely to change under cross-examination (*Khelawon*, at para. 107; *Smith*, at p. 937). Corroborative evidence does so if its combined effect, when considered in the circumstances of the case, shows that the *only likely explanation* for the hearsay statement is the declarant’s truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement (see *U. (F.J.)*, at para. 40). Otherwise, alternative explanations for the statement that could have been elicited or probed through cross-examination, and the hearsay dangers, persist.

[48] In assessing substantive reliability, the trial judge must therefore identify alternative, even speculative, explanations for the hearsay statement (*Smith*, at pp. 936-37). Corroborative evidence is of assistance in establishing substantive reliability if it shows that these alternative explanations are unavailable, if it “eliminate[s] the hypotheses that cause suspicion” (S. Akhtar, “Hearsay: The Denial of Confirmation” (2005), 26 C.R. (6th) 46, at p. 56 (emphasis deleted)). In contrast, corroborative evidence that is “equally consistent” with the truthfulness and accuracy of the statement as well as another hypothesis is of no assistance (*R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291, at paras. 34-35). Adding evidence that is supportive of the truth of the statement, but that is also consistent with alternative explanations, does not add to the statement’s inherent trustworthiness.

[49] While the declarant’s truthfulness or accuracy must be more likely than any of the alternative explanations, this is not sufficient. Rather, the fact that the threshold reliability analysis takes place on a balance of probabilities means that, based on the circumstances and any evidence led on *voir dire*, the

corroborants et des circonstances doit écarter les *dangers spécifiques du oui-dire* que pose la déclaration présentée. Lors de l’appréciation de l’admissibilité de la déclaration relatée, « l’examen doit être fonction des dangers particuliers que présente la preuve et ne porter que sur la question de l’admissibilité » (*Khelawon*, par. 4). Ainsi, pour écarter les dangers associés au oui-dire et établir la fiabilité substantielle, la preuve corroborante doit démontrer que les aspects importants de la déclaration ne sont pas susceptibles de changer lors d’un contre-interrogatoire (*Khelawon*, par. 107; *Smith*, p. 937). La preuve corroborante parvient à le démontrer si son effet conjugué, considéré eu égard aux circonstances de l’espèce, démontre que la *seule explication plausible* de la déclaration relatée est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l’exactitude de ceux-ci (voir *U. (F.J.)*, par. 40). Autrement, d’autres explications de la déclaration, qui auraient pu être obtenues ou vérifiées lors d’un contre-interrogatoire, ainsi que les dangers associés au oui-dire, subsistent.

[48] Lorsqu’il apprécie la fiabilité substantielle, le juge du procès doit donc envisager d’autres explications, même conjecturales, de la déclaration relatée (*Smith*, p. 936-937). La preuve corroborante est utile pour établir la fiabilité substantielle si elle démontre que ces autres explications ne sont pas disponibles, si elle [TRADUCTION] « élimine les hypothèses qui suscitent des soupçons » (S. Akhtar, « Hearsay : The Denial of Confirmation » (2005), 26 C.R. (6th) 46, p. 56 (italiques omis)). Par contre, la preuve corroborante qui est « également compatible » avec la véracité et l’exactitude de la déclaration et avec une autre hypothèse n’est pas utile (*R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, par. 34-35). L’ajout d’éléments de preuve qui appuient la véracité de la déclaration, mais qui sont aussi compatibles avec d’autres explications, n’ajoute rien à la fiabilité inhérente de la déclaration.

[49] Même si la véracité du déclarant ou l’exactitude de sa déclaration doivent être plus probables que l’une ou l’autre des autres explications, cela ne suffit pas. Le fait que l’analyse relative au seuil de fiabilité soit faite selon la prépondérance des probabilités signifie plutôt que, compte tenu des circonstances et de



trial judge must be able to rule out any plausible alternative explanations on a balance of probabilities.

[50] To be relied on for the purpose of rejecting alternative hypotheses for the statement, corroborative evidence must itself be trustworthy. Untrustworthy corroborative evidence is therefore not relevant to the substantive reliability inquiry (see *Khelawon*, at para. 108). Trustworthiness concerns are particularly acute when the corroborative evidence is a statement, rather than physical evidence (see *Lacelle*, at p. 390).

[51] The jurisprudence of this Court provides two examples of corroborative evidence that could be relied on to establish threshold reliability.

[52] In *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, this Court held that a hearsay statement from a child regarding a sexual assault was admissible, notably because it was corroborated by a semen stain on the child's clothes (p. 548). The child alleged that she had been sexually assaulted at the doctor's office. She was only alone in the office for a brief period and "did not come into contact with any other male person during [that] period" (p. 534). Given the semen stain and the circumstances of the case, the only likely hypothesis was that the child had not lied about or misperceived the assault. The semen stain directly responded to the hearsay dangers.

[53] *Khan* can be contrasted with *R. (D.)*, where this Court held that a child's hearsay regarding a sexual assault by her father was inadmissible, although there was evidence that supported her statement: bloodstained underpants. This corroborative evidence was consistent with more than one hypothesis, both the possibility that her brother had assaulted her and the possibility that her father had assaulted her, and thus was of no assistance in assessing threshold reliability (paras. 34-35).

tout élément de preuve présenté au voir-dire, le juge du procès doit pouvoir écarter toute autre explication plausible selon la prépondérance des probabilités.

[50] Pour que le juge du procès se fonde sur la preuve corroborante pour rejeter d'autres hypothèses relatives à la déclaration, cette preuve doit elle-même être digne de foi. La preuve corroborante qui n'est pas digne de foi n'est donc pas utile dans le cadre de l'examen de la fiabilité substantielle (voir *Khelawon*, par. 108). Les préoccupations relatives à la fiabilité sont particulièrement graves lorsque la preuve corroborante est une déclaration plutôt qu'un élément de preuve matériel (voir *Lacelle*, p. 390).

[51] La jurisprudence de la Cour donne deux exemples d'éléments de preuve corroborants sur lesquels on peut se fonder pour établir le seuil de fiabilité.

[52] Dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, la Cour a conclu qu'une déclaration relatée d'un enfant concernant une agression sexuelle était admissible, notamment parce qu'elle était corroborée par une tache de sperme sur les vêtements de l'enfant (p. 548). L'enfant a soutenu qu'elle a été agressée sexuellement au bureau du médecin. Elle n'était seule dans le bureau que pendant une courte période et « n'a rencontré aucun autre homme pendant cette période » (p. 534). Compte tenu de la tache de sperme et des circonstances de l'affaire, la seule hypothèse plausible était que l'enfant n'avait pas menti au sujet de l'agression ou ne l'avait pas mal perçue. La tache de sperme contrait directement les dangers associés au oui-dire.

[53] L'arrêt *Khan* peut être mis en apposition avec l'arrêt *R. (D.)*, où la Cour a statué que la déclaration relatée d'un enfant concernant une agression sexuelle par son père était inadmissible, même si un élément de preuve étayait sa déclaration : des sous-vêtements tachés de sang. Cet élément de preuve corroborant était compatible avec plus d'une hypothèse, soit la possibilité qu'elle ait été agressée par son frère ou par son père, et n'était donc pas utile pour apprécier le seuil de fiabilité (par. 34-35).

[54] In *U. (F.J.)*, a hearsay statement was admissible in part because it was corroborated by a strikingly similar statement. The strikingly similar statement was capable of supporting the threshold reliability of the hearsay statement because the Court was able to rule out the possibilities that the similarity was purely coincidental, that the second declarant had heard the first statement and modeled her statement off of it, and that either statement was the result of collusion or outside influence. Importantly, Lamer C.J. was concerned with rejecting, not the hypothesis that the second statement was *in fact* based on the first, but the possibility that it *could have been* based on the first. He concluded that the only likely explanation for the similarity between the two statements was the truthfulness of the hearsay declarant (*U. (F.J.)*, at paras. 40 and 53).

[55] In contrast, the corroborative evidence in *Khelawon*, bruises and garbage bags filled with clothes, was not capable of bolstering the threshold reliability of a hearsay statement regarding an assault. Charron J. explained that the bruises on the complainant's body could have been caused by a fall rather than an assault. And while the complainant had alleged that the accused had put his clothes in garbage bags, Charron J. reasoned that the complainant "could have filled those bags himself" (para. 107). Given that the corroborative evidence was consistent with many hypotheses, it did not show that the only likely explanation was the declarant's truthfulness about the assault.

[56] Clarifying when corroborative evidence can be relied on to establish substantive reliability is not a departure from the functional approach to the admissibility of hearsay. There is no bright-line rule restricting the type of corroborative evidence that a trial judge can rely on to determine that substantive reliability is established. In all cases, the trial judge must consider the specific hearsay dangers raised by the statement, the corroborative evidence as a whole, and the circumstances of the case, to determine whether the corroborative evidence (if any) can be relied on to establish substantive reliability.

[54] Dans *U. (F.J.)*, une déclaration relatée était admissible en partie parce qu'elle était corroborée par une déclaration d'une similitude frappante. Cette dernière déclaration pouvait étayer le seuil de fiabilité de la déclaration relatée parce que la Cour avait réussi à écarter les possibilités que la similitude soit une pure coïncidence, que la deuxième déclarante ait entendu la première déclaration et ait fondé sa déclaration sur celle-ci, et que les déclarations résultent de la collusion ou d'une influence extérieure. Fait important, le juge en chef Lamer craignait de rejeter non pas l'hypothèse voulant que la seconde déclaration soit *en fait* basée sur la première, mais la possibilité qu'elle *puisse avoir été* basée sur la première. Il a conclu que la seule explication probable de la similarité entre les deux déclarations était que le déclarant disait la vérité (*U. (F.J.)*, par. 40 et 53).

[55] Par contre, la preuve corroborante dans *Khelawon*, des ecchymoses et des sacs à ordures pleins de vêtements, ne pouvait pas étayer le seuil de fiabilité d'une déclaration relatée concernant une agression. La juge Charron a expliqué que les ecchymoses sur le corps du plaignant auraient pu être causées par une chute plutôt que par une agression. Et même si le plaignant a soutenu que l'accusé a entassé ses vêtements dans des sacs à ordures, la juge Charron a expliqué que le plaignant « pouvait avoir rempli ces sacs lui-même » (par. 107). Puisque ces éléments de preuve corroborants étaient compatibles avec plusieurs hypothèses, ils ne démontraient pas que la seule explication plausible était que le déclarant disait la vérité au sujet de l'agression.

[56] On ne déroge pas à l'approche fonctionnelle relative à l'admissibilité du oui-dire lorsque l'on précise les cas dans lesquels on peut se fonder sur la preuve corroborante pour établir la fiabilité substantielle. Aucune règle de démarcation nette ne restreint le genre de preuve corroborante sur lequel peut s'appuyer un juge du procès pour déterminer que la fiabilité substantielle est établie. Dans tous les cas, le juge du procès doit examiner les dangers spécifiques du oui-dire que pose la déclaration, l'ensemble de la preuve corroborante et les circonstances de l'espèce pour décider s'il peut se fonder sur la preuve corroborante (s'il en est) pour conclure à l'existence d'une fiabilité substantielle.

[57] In sum, to determine whether corroborative evidence is of assistance in the substantive reliability inquiry, a trial judge should

1. identify the material aspects of the hearsay statement that are tendered for their truth;
2. identify the specific hearsay dangers raised by those aspects of the statement in the particular circumstances of the case;
3. based on the circumstances and these dangers, consider alternative, even speculative, explanations for the statement; and
4. determine whether, given the circumstances of the case, the corroborative evidence led at the *voir dire* rules out these alternative explanations such that the only remaining likely explanation for the statement is the declarant's truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement.

[58] With these principles in mind, I now turn to the trial judge's assessment of the threshold reliability of the re-enactment statement.

#### B. *Application*

[59] In concluding that the threshold reliability of the re-enactment statement was established, the trial judge relied on the fact that the statement was: (1) voluntary; (2) incriminating; (3) made after Thielen received legal advice; (4) a detailed, free-flowing narrative; and (5) corroborated by extrinsic evidence. As a result, he was satisfied that threshold reliability was established.

[60] I conclude that the trial judge erred in relying significantly on corroborative evidence that did not show, in the circumstances of the case, that the only likely explanation was Thielen's truthfulness about the material aspect of the re-enactment statement. Given this error, the trial judge's admissibility ruling is not entitled to deference. This Court

[57] En somme, pour établir si la preuve corroborante est utile lors de l'examen de la fiabilité substantielle, le juge du procès devrait

1. cerner les aspects importants de la déclaration relatée qui sont présentés pour établir la véracité de leur contenu;
2. cerner les dangers spécifiques du oui-dire que posent ces aspects de la déclaration dans les circonstances particulières de l'affaire;
3. en fonction des circonstances et de ces dangers, envisager d'autres explications de la déclaration, qui peuvent même être conjecturales;
4. décider si, compte tenu des circonstances de l'affaire, la preuve corroborante présentée au voir-dire a écarté ces autres explications, de sorte que la seule explication plausible de la déclaration est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ces aspects.

[58] En gardant ces principes à l'esprit, j'aborde maintenant l'appréciation par le juge du procès du seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution.

#### B. *Application*

[59] En concluant que le seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution était établi, le juge du procès s'est appuyé sur le fait que la déclaration : (1) était volontaire; (2) était incriminante; (3) a été faite après que M. Thielen eût reçu un avis juridique; (4) constituait un récit détaillé et fluide; et (5) était corroborée par des éléments de preuve extrinsèques. Par conséquent, il était convaincu que le seuil de fiabilité était établi.

[60] Je conclus que le juge du procès a fait erreur en se fondant en grande partie sur des éléments de preuve corroborants qui ne démontraient pas, eu égard aux circonstances de l'affaire, que la seule explication plausible était que M. Thielen disait la vérité au sujet des aspects importants de la déclaration de reconstitution. En raison de cette erreur, la

must therefore determine whether the hearsay re-enactment statement meets the reliability threshold. I conclude that it does not.

(1) Trial Judge's Reliance on Corroborative Evidence

[61] The trial judge relied significantly on the existence of corroborative evidence to find that the re-enactment statement was admissible. In particular, he relied on

- forensic evidence that corroborated Thielen's detailed description of the murders (para. 45);
- Thielen's accurate description of the weather on the nights of the murders (para. 46);
- evidence of a conversation between Bontkes and Motola on the night Bontkes died (para. 47) (Motola was a third accomplice in Bontkes's death and pled guilty to manslaughter in separate proceedings.);
- evidence that Bradshaw may have been present when Motola and Thielen discussed their plan to kill Bontkes (para. 52);
- call records between one of the murder victims and Bradshaw on the night of one of the murders, and between Thielen and Bradshaw on the night of the other murder (para. 51); and
- Bradshaw's admissions at the Best Western and Bothwell Park (paras. 48-49).

[62] As I shall explain, this corroborative evidence is of no assistance in the threshold reliability inquiry.

décision du juge du procès concernant l'admissibilité ne commande aucune déférence. La Cour doit donc déterminer si la déclaration de reconstitution relatée atteint le seuil de fiabilité. Je conclus par la négative.

(1) Le juge du procès s'est appuyé sur des éléments de preuve corroborants

[61] Le juge du procès s'est fortement appuyé sur l'existence d'éléments de preuve corroborants pour conclure que la déclaration de reconstitution était admissible. Plus particulièrement, il s'est fondé sur :

- la preuve médico-légale qui corroborait la description détaillée des meurtres faite par M. Thielen (par. 45);
- la description exacte par M. Thielen des conditions météorologiques qui existaient les nuits des meurtres (par. 46);
- la preuve d'une conversation entre M. Bontkes et M<sup>me</sup> Motola la nuit où M. Bontkes est mort (par. 47) (M<sup>me</sup> Motola était une troisième complice dans le meurtre de M. Bontkes et elle a plaidé coupable, dans une instance distincte, à l'accusation d'homicide involontaire coupable.);
- la preuve que M. Bradshaw était possiblement présent lorsque M<sup>me</sup> Motola et M. Thielen ont discuté de leur projet d'assassiner M. Bontkes (par. 52);
- les relevés d'appel entre une des victimes de meurtre et M. Bradshaw la nuit de l'un des meurtres, et entre MM. Thielen et Bradshaw la nuit de l'autre meurtre (par. 51);
- les aveux de M. Bradshaw à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell (par. 48-49).

[62] Comme je vais l'expliquer, ces éléments de preuve corroborants ne sont pas utiles lors de l'examen du seuil de fiabilité.

[63] The first step in assessing the substantive reliability of a hearsay statement is identifying the material aspects of the statement. The re-enactment statement was tendered for the truth of Thielen's claim that Bradshaw participated in the murders. Given the purpose for which the statement was tendered, the material aspect of the statement was Thielen's assertion that Bradshaw participated in the murders.

[64] As to the specific hearsay dangers presented by the statement, a number of common hearsay dangers were not in play in this case. The accuracy of the statement is not at issue because it was video-recorded. While the difficulties of investigating a hearsay declarant's perception and memory are often dangers associated with hearsay evidence, these dangers are minimal in this case because the statement was not tendered to provide details of how the murders unfolded, but rather to prove that Bradshaw participated in the murders. It is hardly plausible that Thielen would have been mistaken — or wrongly remembered — whether Bradshaw participated in the murders.

[65] Therefore, the specific hearsay danger presented by the re-enactment statement is the difficulty of testing Thielen's sincerity with regards to Bradshaw's participation in the murders. This danger is inherent in all hearsay statements due to the inability to test for and detect the hearsay declarant's insincerity through contemporaneous, in-court cross-examination. Additionally, in this case, there are serious reasons to be concerned that Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders.

[66] First, Thielen gave inconsistent statements about Bradshaw's participation in the murders. In May 2010, Thielen told Cst. B. that he shot Lamoureux and Bontkes, and he did not implicate Bradshaw. When he met with the crime boss in July, Thielen implicated Bradshaw in the murders.

[63] L'identification des aspects importants de la déclaration constitue la première étape lors de l'appréciation de la fiabilité substantielle d'une déclaration relatée. La déclaration de reconstitution était produite pour établir la véracité de la prétention de M. Thielen que M. Bradshaw avait participé aux meurtres. Compte tenu de la raison pour laquelle la déclaration a été présentée, l'aspect important de celle-ci était l'affirmation de M. Thielen selon laquelle M. Bradshaw avait participé aux meurtres.

[64] En ce qui a trait aux dangers spécifiques du oui-dire que pose la déclaration, plusieurs dangers courants n'étaient pas en jeu en l'espèce. L'exactitude de la déclaration n'est pas en jeu parce qu'elle a été enregistrée sur bande vidéo. Même si les difficultés liées à l'évaluation de la perception et de la mémoire du déclarant constituent souvent des dangers associés à la preuve par oui-dire, ces dangers sont minimes en l'espèce puisque la déclaration n'a pas été produite pour fournir des détails au sujet de la façon dont les meurtres se sont déroulés, mais plutôt pour prouver que M. Bradshaw avait pris part aux meurtres. Il n'est guère plausible que M. Thielen se soit trompé au sujet du fait que M. Bradshaw ait participé aux meurtres, ou qu'il en ait un souvenir inexact.

[65] Ainsi, le danger spécifique du oui-dire que pose la déclaration de reconstitution tient à la difficulté de vérifier la sincérité de M. Thielen en ce qui a trait à la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Ce danger est inhérent à toutes les déclarations relatées parce qu'il n'est pas possible de vérifier et de constater le manque de sincérité du déclarant au moyen d'un contre-interrogatoire en cour au moment même où il fait sa déclaration. De plus, en l'espèce, il existe de sérieuses raisons de craindre que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres.

[66] Premièrement, M. Thielen a fait des déclarations incompatibles concernant la participation de M. Bradshaw aux meurtres. En mai 2010, M. Thielen a dit à l'agent B. qu'il avait abattu M<sup>me</sup> Lamoureux et M. Bontkes, et il n'a pas impliqué M. Bradshaw. Lorsqu'il a rencontré le chef du gang

When he was arrested, Thielen initially denied his own involvement in both murders. After the police told Thielen that he had been the target of a Mr. Big operation, he admitted that he had been involved in the murders and he implicated Bradshaw.

[67] Second, Thielen had a significant motive to lie about Bradshaw's participation in the murders. Like the hearsay declarant in *Youvarajah*, Thielen "had a strong incentive to minimize his role in the crime and to shift responsibility" to his accomplice (para. 33). Thielen had a motive to implicate Bradshaw to reduce his own culpability, particularly given his admissions to Cst. B. Although Thielen was charged with the first degree murder of Lamoureux and Bontkes, he ultimately pled guilty to second degree murder. Thielen's motive to lie is relevant in assessing the reliability of his hearsay statement (*Blackman*, at para. 42).

[68] Third, Thielen was a *Vetrovec* witness. In the trial judge's words:

... there is already considerable evidence of Mr. Thielen's unsavoury character before the jury. He has been described by a number of witnesses as a drug dealer, a thug, an enforcer and a murderer. He is clearly a person about whom a strong *Vetrovec* warning is appropriate. [para. 60 (CanLII)]

[69] Given that a *Vetrovec* witness cannot be trusted to tell the truth, even under oath (*R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 3), establishing that hearsay evidence from a *Vetrovec* witness is inherently trustworthy will be extremely challenging. However, there is no blanket prohibition on admitting hearsay from *Vetrovec* witnesses. In all cases, the trial judge must assess whether the hearsay dangers have been overcome. That said, the strong *Vetrovec* warning indicates that the dangers presented by the hearsay statement here are particularly severe.

en juillet, M. Thielen a impliqué M. Bradshaw dans les meurtres. Lors de son arrestation, il a d'abord nié sa propre participation aux deux meurtres. Après avoir appris des policiers qu'il avait été la cible d'une opération Monsieur Big, il a avoué avoir participé aux meurtres et il a impliqué M. Bradshaw.

[67] Deuxièmement, M. Thielen avait une bonne raison de mentir au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Comme l'auteur des propos rapportés dans *Youvarajah*, M. Thielen « avait de bonnes raisons de minimiser son rôle dans le crime et d'en rejeter la responsabilité » sur son complice (par. 33). Il avait une raison d'impliquer M. Bradshaw afin de réduire sa propre culpabilité, particulièrement en raison de ses aveux à l'agent B. Même si M. Thielen a été accusé du meurtre au premier degré de M<sup>me</sup> Lamoureux et de M. Bontkes, il a finalement plaidé coupable à des accusations de meurtre au deuxième degré. La raison de mentir qu'avait M. Thielen est pertinente pour apprécier la fiabilité de sa déclaration (*Blackman*, par. 42).

[68] Troisièmement, M. Thielen était un témoin visé par *Vetrovec*. Le juge du procès a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] ... de nombreux éléments de preuve ont déjà été soumis au jury concernant l'honnêteté douteuse de M. Thielen. Plusieurs témoins l'ont décrit comme un trafiquant de drogue, un gangster, un homme de main et un meurtrier. Une sérieuse mise en garde de type *Vetrovec* est manifestement appropriée dans son cas. [par. 60 (CanLII)]

[69] Puisqu'on ne peut faire confiance à un témoin visé par *Vetrovec* pour dire la vérité, même sous serment (*R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 3), il sera extrêmement difficile de prouver que la déclaration relatée d'un tel témoin est intrinsèquement fiable. Cependant, l'admission d'un oui-dire d'un témoin visé par *Vetrovec* n'est pas catégoriquement interdite. Dans tous les cas, le juge du procès doit évaluer si les dangers du oui-dire ont été écartés. Cela dit, la sérieuse mise en garde de type *Vetrovec* indique que les dangers que pose la déclaration relatée en l'espèce sont particulièrement graves.

[70] The third step in assessing a hearsay statement's substantive reliability is considering alternative explanations for the hearsay statement that arise from the particular circumstances of the case. Given the hearsay dangers presented by the re-enactment statement, an alternative explanation is that Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders.

[71] With this in mind, corroborative evidence will only assist in establishing the substantive reliability of the re-enactment statement if it shows, when considered in the circumstances of the case, that the only likely explanation is that Thielen was truthful about Bradshaw's involvement in the murders. When the hearsay danger is sincerity, substantive reliability is only established when the circumstances and corroborative evidence show that the possibility that the declarant lied is substantially negated, that "even a sceptical caution would look upon [the statement] as trustworthy" (Wigmore, at p. 154; *Khelawon*, at para. 62; *Couture*, at para. 101). Corroborative evidence or circumstances showing that the statement is inherently trustworthy are required to rebut the presumption of inadmissibility.

[72] The forensic evidence, weather evidence, and evidence of a conversation between Bontkes and Motola did not implicate Bradshaw in the murders. This evidence is of no assistance in determining whether Thielen was being truthful about Bradshaw's involvement in the murders. The fact that Thielen accurately described the way the murders unfolded and the weather on the nights of the murders does not mitigate the danger that he lied about Bradshaw's participation. As an accomplice, Thielen was present at the scenes of the crimes and was well positioned to fabricate a story implicating Bradshaw (see *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146, at para. 15; *R. v. Salah*, 2015 ONCA 23, 319 C.C.C. (3d) 373, at para. 116).

[70] Dans l'évaluation de la fiabilité substantielle d'une déclaration relatée, la troisième étape consiste à envisager d'autres explications pour la déclaration relatée que révèlent les circonstances particulières de l'affaire. Compte tenu des dangers du oui-dire que présentait la déclaration de reconstitution, une autre explication veut que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres.

[71] Dans ce contexte, la preuve corroborante contribuera uniquement à établir la fiabilité substantielle de la déclaration de reconstitution si elle démontre, au vu des circonstances de l'espèce, que la seule explication plausible veut que M. Thielen ait dit la vérité au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Lorsque le danger du oui-dire a trait à la sincérité, la fiabilité substantielle n'est établie que lorsque les circonstances et la preuve corroborante démontrent que la possibilité que le déclarant ait menti est essentiellement écartée, que [TRADUCTION] « même un sceptique prudent [ . . . ] considérerait [la déclaration] comme très probablement fiable » (Wigmore, p. 154; *Khelawon*, par. 62; *Couture*, par. 101). Pour réfuter la présomption d'inadmissibilité, des éléments de preuve corroborants ou les circonstances doivent démontrer que la déclaration est intrinsèquement fiable.

[72] La preuve médicolégale, la preuve des conditions météorologiques ainsi que la preuve d'une conversation qu'ont eue M. Bontkes et M<sup>me</sup> Motola n'impliquaient pas M. Bradshaw dans les meurtres. Ces éléments de preuve ne permettent pas de déterminer si M. Thielen disait la vérité au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Le fait que M. Thielen ait décrit avec exactitude la façon dont les meurtres ont été accomplis ainsi que les conditions météorologiques qui existaient les nuits des meurtres n'atténue pas le danger qu'il ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw. En tant que complice, M. Thielen était présent sur les lieux des crimes et il était bien placé pour inventer une histoire impliquant M. Bradshaw (voir *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146, par. 15; *R. c. Salah*, 2015 ONCA 23, 319 C.C.C. (3d) 373, par. 116).

[73] The remaining corroborative evidence relied on by the trial judge was probative of Bradshaw's involvement in the murders. It will be for the trier of fact to determine whether or not this evidence increases the likelihood that Bradshaw is guilty. The call records show that Bradshaw may have spoken to Lamoureux and Thielen on the evenings in question, and the evidence of Bradshaw's presence when the plan to kill Bontkes was discussed shows that Bradshaw may have been aware of this plan. However, this evidence, viewed in the circumstances, did not assist in effectively ruling out the alternative explanation for the re-enactment statement — the danger that Thielen lied about Bradshaw's involvement in the murders.

[74] Finally, the recorded conversations at the Best Western Hotel and Bothwell Park provide direct evidence of Bradshaw's involvement in the murders. However, as I shall explain, there are concerns about the trustworthiness of these statements. As mentioned above, corroborative evidence must itself be trustworthy to be relied on to establish the threshold reliability of a hearsay statement (see *Khelawon*, at para. 108).

[75] When Thielen was the target of a Mr. Big operation, undercover officers encouraged him to meet up with Bradshaw to clarify their respective roles in the murders. On July 21, 2010, Thielen and Bradshaw met in a room at the Best Western Hotel. Their conversation was recorded. The first eight minutes of the recorded conversation are inaudible because Bradshaw and Thielen were in the bathroom, while the tap was running. Cst. B. called Thielen to get him to leave the bathroom so the conversation could be captured. Once Bradshaw and Thielen moved into the main room, Bradshaw said that he had shot Bontkes and participated in both murders.

[76] A few days later, Thielen and Bradshaw met at Bothwell Park. Their conversation was recorded again. During their meeting, Bradshaw discussed

[73] Les autres éléments de preuve corroborants sur lesquels s'est appuyé le juge du procès avaient une valeur probante quant à la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Il appartiendra au juge des faits de déterminer si ces éléments de preuve renforcent la probabilité que M. Bradshaw soit coupable. Les relevés d'appel indiquent que M. Bradshaw a peut-être parlé à M<sup>me</sup> Lamoureux et à M. Thielen les soirs en question, et la preuve de la présence de M. Bradshaw lorsque le projet de tuer M. Bontkes a été discuté montre que M. Bradshaw était peut-être au courant de ce projet. Toutefois, ces éléments de preuve, envisagés dans les circonstances, ne contribuaient pas à écarter efficacement ce qui pouvait aussi expliquer la déclaration de reconstitution — le danger que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres.

[74] Enfin, les conversations enregistrées à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell fournissent une preuve directe de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Toutefois, comme je vais l'expliquer, la fiabilité de ces déclarations soulève des réserves. Je le répète, un élément de preuve corroborant doit lui-même être digne de foi pour servir de fondement à l'établissement du seuil de fiabilité d'une déclaration relatée (voir *Khelawon*, par. 108).

[75] Lorsque M. Thielen faisait l'objet d'une opération Monsieur Big, des agents banalisés l'ont incité à rencontrer M. Bradshaw pour clarifier leurs rôles respectifs dans les meurtres. Le 21 juillet 2010, MM. Thielen et Bradshaw se sont rencontrés dans une chambre de l'hôtel Best Western. Leur conversation a été enregistrée. Les huit premières minutes de la conversation enregistrée sont inaudibles parce que MM. Bradshaw et Thielen se trouvaient dans la salle de bain et que l'eau du robinet coulait. L'agent B. a appelé M. Thielen pour le faire sortir de la salle de bain afin que l'on puisse entendre la conversation. Lorsque MM. Bradshaw et Thielen se sont rendus dans la pièce principale, M. Bradshaw a dit avoir abattu M. Bontkes et avoir participé aux deux meurtres.

[76] Quelques jours plus tard, MM. Thielen et Bradshaw se sont rencontrés au parc Bothwell. Leur conversation a encore été enregistrée. Pendant



their unsuccessful attempt to kill Bontkes, before Bontkes was actually murdered in March 2009.

[77] While this evidence provides some evidence of guilt, it does not assist, for several reasons, in effectively ruling out the possibility that Thielen lied about Bradshaw's involvement in the murders.

[78] The Best Western and Bothwell Park evidence was collected in a Mr. Big operation. Undercover officers were orchestrating the circumstances to obtain an admission from Thielen and then from Bradshaw. As the trial judge explained, the Best Western and Bothwell Park "meetings were set up by Constable B. with Mr. Thielen's cooperation, during the course of the Mr. Big operation, in an endeavour to elicit evidence of Mr. Bradshaw's possible participation in the murders of Ms. Lamoureux and Mr. Bontkes" (para. 43). Indeed, Cst. B. explained that he "wanted Mr. Thielen to get . . . the truth from Mr. Bradshaw" (examination in chief, A.R., vol. V, at p. 134) and that he gave Thielen instructions on what was required during his conversation with Bradshaw at the Best Western Hotel.

[79] In Mr. Big operations, parties believe they are dealing with a criminal organization. They are often induced and threatened. As this Court noted in *Hart*: "Suspects confess to Mr. Big during pointed interrogations in the face of powerful inducements and sometimes veiled threats — and this raises the spectre of unreliable confessions" (para. 5). The Mr. Big operation raises concerns about Thielen's motivation and role in these conversations, and the trustworthiness of Bradshaw's statements at the Best Western and Bothwell Park.

[80] As well, the initial part of the Best Western conversation was inaudible because Thielen and Bradshaw were in the bathroom and a tap was running. This raises questions about what followed.

cette rencontre, M. Bradshaw a parlé de leur tentative ratée de tuer M. Bontkes, une tentative qui a précédé le meurtre de ce dernier en mars 2009.

[77] Cet élément de preuve offre une preuve de culpabilité, mais, pour plusieurs raisons, il ne contribue pas à écarter efficacement la possibilité que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres.

[78] Les conversations à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell ont été recueillies dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Les agents banalisés ont orchestré les circonstances favorables à l'obtention d'un aveu de M. Thielen et ensuite de M. Bradshaw. Comme le juge du procès l'a expliqué, les [TRADUCTION] « rencontres [à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell] ont été organisées par l'agent B. avec la collaboration de M. Thielen, dans le cadre de l'opération Monsieur Big, dans le but d'obtenir des éléments de preuve de la participation possible de M. Bradshaw aux meurtres de M<sup>me</sup> Lamoureux et de M. Bontkes » (par. 43). En fait, l'agent B. a expliqué qu'il [TRADUCTION] « voulait [. . .] que M. Thielen obtienne la vérité de M. Bradshaw » (interrogatoire principal, d.a., vol. V, p. 134) et qu'il avait donné à M. Thielen des instructions sur les renseignements que celui-ci devait obtenir au cours de sa conversation avec M. Bradshaw à l'hôtel Best Western.

[79] Dans les opérations Monsieur Big, les parties croient qu'elles ont affaire à une organisation criminelle. Elles font souvent l'objet d'incitations et de menaces. Comme la Cour l'a noté dans *Hart*, « [l]e suspect se confie à Monsieur Big au cours d'un interrogatoire serré où il est soumis à de fortes pressions, parfois même à des menaces voilées, ce qui comporte le risque d'un aveu non digne de foi » (par. 5). L'opération Monsieur Big soulève des préoccupations au sujet de la motivation de M. Thielen et de son rôle dans ces conversations, et au sujet de la fiabilité des déclarations faites par M. Bradshaw à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell.

[80] De même, la première partie de la conversation à l'hôtel Best Western était inaudible parce que MM. Thielen et Bradshaw se trouvaient dans la salle de bain et que l'eau du robinet coulait. Cela

As I have said, the trial judge is required to consider alternative, even speculative, explanations that could account for the hearsay statement (*Smith* (1992), at pp. 936-37). Indeed, while this evidence was not before the trial judge at the time of his ruling, Bradshaw subsequently testified that, while the tap was running, Thielen asked him to lie and say that he had been involved in Lamoureux and Bontkes's murders.

[81] Furthermore, in the Bothwell Park conversation, Bradshaw primarily implicated himself in the attempted murder of Bontkes, rather than in Bontkes's actual murder.

[82] Of course, as the accused's admissions, the recording of Bradshaw's own words are admissible against him quite independently of whether Thielen's re-enactment video is admitted. Indeed, Bradshaw's admissions at the Best Western and Bothwell Park were admitted into evidence for the jury's consideration. That is not challenged on appeal.

[83] However, these admissions are not of such a nature to justify the admission of Thielen's highly suspect hearsay statements implicating Bradshaw. They do not, when considered in the circumstances and with the other evidence led at the *voir dire*, "substantially negate the possibility that the [hearsay] declarant was untruthful" about Bradshaw's involvement in the murders (*Smith* (1992), at p. 933). Bradshaw's Best Western admission does not, in the circumstances, demonstrate that Thielen's statement would be unlikely to change under cross-examination (*Khelawon*, at para. 107; *Smith* (1992), at p. 937).

[84] In *U. (F.J.)*, this Court held that "instances of statements so strikingly similar as to bolster their reliability will be rare" (para. 45). Lamer C.J. explained that a similar statement cannot bolster the reliability of a hearsay statement unless it is unlikely that "[t]he second declarant knew of

soulève des questions concernant ce qui a suivi. Comme je l'ai dit, le juge du procès doit envisager d'autres explications, même conjecturales, susceptibles de rendre compte de la déclaration relatée (*Smith* (1992), p. 936-937). En fait, même si cet élément de preuve n'avait pas été présenté au juge du procès au moment de sa décision, M. Bradshaw a par la suite témoigné que, pendant que l'eau du robinet coulait, M. Thielen lui a demandé de mentir et de dire qu'il avait participé aux meurtres de M<sup>me</sup> Lamoureux et de M. Bontkes.

[81] De plus, lors la conversation au parc Bothwell, M. Bradshaw a essentiellement avoué sa participation à la tentative de meurtre de M. Bontkes, plutôt qu'au meurtre lui-même.

[82] Évidemment, l'enregistrement des propos de M. Bradshaw est admissible contre lui à titre d'aveux de l'accusé, indépendamment de l'admission en preuve de la vidéo de la reconstitution de M. Thielen. En fait, les aveux de M. Bradshaw à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell ont été admis en preuve et soumis à l'appréciation du jury. Cela n'est pas contesté en appel.

[83] Cependant, ces aveux ne sont pas de nature à justifier l'admission des déclarations relatées extrêmement suspectes de M. Thielen impliquant M. Bradshaw. Lorsqu'ils sont pris en considération dans les circonstances et avec les autres éléments de preuve présentés au voir-dire, ces aveux n'ont pas pour effet d'écartier « considérablement la possibilité que le déclarant [des propos relatés] ait menti » au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres (*Smith* (1992), p. 933). L'aveu qu'a fait M. Bradshaw à l'hôtel Best Western ne démontre pas, dans les circonstances, que la déclaration de M. Thielen ne serait pas susceptible de changer lors d'un contre-interrogatoire (*Khelawon*, par. 107; *Smith* (1992), p. 937).

[84] Dans l'arrêt *U. (F.J.)*, la Cour a indiqué que seront « rares les cas de déclarations dont la similitude est frappante au point d'étayer leur fiabilité » (par. 45). Le juge en chef Lamer a expliqué qu'une déclaration similaire ne peut appuyer la fiabilité d'une déclaration relatée à moins qu'il soit

the contents of the first statement, and based his or her statement in whole or in part on this knowledge” and unlikely that the similarity is due to outside influence (para. 40). Thielen was present for Bradshaw’s Best Western and Bothwell Park admissions, and could have based his re-enactment statement on this knowledge. Furthermore, outside influence cannot be rejected as a possible explanation for Bradshaw’s Best Western and Bothwell Park admissions. Indeed, according to Cst. B.’s testimony, he played a role in orchestrating the admissions. The Best Western and Bothwell Park statements were therefore of no assistance in establishing the inherent trustworthiness of the re-enactment statement.

[85] The evidence led at the admissibility *voir dire* as corroborative of Thielen’s statement is unlike the semen stain in *Khan*, or the strikingly similar statement in *U. (F.J.)*. When considered in the circumstances of the case, this evidence does not show that the only likely explanation for the statement was Thielen’s truthfulness about Bradshaw’s involvement in the murders. Taken as a whole, this evidence therefore did not assist in establishing threshold reliability. While much of the evidence relied on by the trial judge was probative of Bradshaw’s guilt, and thus could be considered by the trier of fact in the trial on the merits, none of it was of assistance in establishing the threshold reliability of the re-enactment statement. Furthermore, as noted above, the evidence and circumstances here showed that there were serious reasons to be concerned that Thielen lied.

(2) Threshold Reliability of the Re-enactment Statement

[86] Given the trial judge’s flawed approach to corroborative evidence, this Court must determine whether the threshold reliability of the hearsay re-enactment statement is nonetheless established. Are

improbable que « [l]’auteur de la seconde déclaration connaissait le contenu de la première déclaration et a fondé sa déclaration en tout ou en partie sur cette connaissance », et qu’il soit improbable que la similitude soit due à une influence extérieure (par. 40). M. Thielen était présent lorsque M. Bradshaw a fait des aveux à l’hôtel Best Western et au parc Bothwell, et aurait pu baser sur cette connaissance la déclaration de reconstitution. En outre, l’influence extérieure ne peut être écartée comme une explication possible des aveux que M. Bradshaw a faits à l’hôtel Best Western et au parc Bothwell. De fait, selon le témoignage de l’agent B., ce dernier a joué un rôle en orchestrant les aveux. Les déclarations à l’hôtel Best Western et au parc Bothwell ne sont d’aucune utilité pour établir la fiabilité inhérente de la déclaration de reconstitution.

[85] La preuve présentée au voir-dire relatif à l’admissibilité pour corroborer la déclaration de M. Thielen est différente de la tache de sperme dans *Khan*, ou de la déclaration d’une similitude frappante dans *U. (F.J.)*. Lorsqu’on l’examine dans les circonstances de l’espèce, la preuve ne démontre pas que la seule explication plausible de la déclaration était que M. Thielen avait dit la vérité au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Considérée dans son ensemble, cette preuve n’était d’aucune utilité pour établir le seuil de fiabilité. Bien qu’une bonne partie de la preuve sur laquelle s’est fondé le juge du procès avait une valeur probante en ce qui concerne la culpabilité de M. Bradshaw, et ainsi le juge des faits pouvait en tenir compte dans le procès sur le fond, aucun de ces éléments de preuve ne contribuait à établir le seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution. De plus, je le répète, la preuve et les circonstances de l’espèce montraient qu’il existait de sérieuses raisons de craindre que M. Thielen ait menti.

(2) Seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution

[86] Compte tenu de l’approche erronée retenue par le juge du procès à l’égard de la preuve corroborante, la Cour doit déterminer si le seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution relatée est

the serious hearsay dangers presented by the re-enactment statement overcome?

[87] To respect the role of the trier of fact in assessing trustworthiness, I consider first the statement's procedural reliability (*Khelawon*, at para. 92). There were few means for the trier of fact to determine whether Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders. While the accuracy of the reporting of the statement is not at issue in this case because it was video-taped, Thielen was not cross-examined at the time the statement was taken or subsequently. Thielen's statement was not taken under oath and he was not warned of the consequences of lying before the statement was taken. Most importantly, he was not available to be cross-examined at trial. The trier of fact evidently did not possess a "sufficient substitute basis for testing the evidence" in the absence of cross-examination (*Khelawon*, at para. 105).

[88] The trial judge considered "possible safeguards that [could] be put in place by the Crown and the court to overcome [the hearsay] dangers" (para. 19). He explained that Thielen's inconsistencies could be put into evidence and that the Crown had agreed to call the police officers to whom Thielen gave the different statements, in order to allow the defence to cross-examine them on these inconsistencies (para. 59). He also noted that a strong *Vetrovec* warning would be given (para. 60).

[89] Putting Thielen's inconsistencies into evidence did not provide the jury with a sufficient substitute basis for evaluating the truth of the re-enactment statement. And while cross-examining the recipient of a hearsay statement may be helpful if there are concerns about the recipient's credibility or reliability (*Blackman*, at para. 50), there were no such concerns in this case. As the Criminal Lawyers' Association of Ontario (an intervener) notes, "where there is no doubt about what was actually said or under what circumstances — if the

néanmoins établi. Les graves dangers du ouï-dire que posait la déclaration de reconstitution sont-ils écartés?

[87] Afin de respecter le rôle du juge des faits lorsqu'il apprécie la fiabilité, j'examine d'abord la fiabilité d'ordre procédural de la déclaration (*Khelawon*, par. 92). Le juge des faits disposait de peu d'outils pour déterminer si M. Thielen avait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Si nul ne conteste que la déclaration a été rapportée de manière exacte en l'espèce, puisqu'elle a été enregistrée sur bande vidéo, M. Thielen n'a pas été contre-interrogé au moment où la déclaration a été faite ni par la suite. Il n'a pas fait sa déclaration sous serment et il n'a pas été averti, avant de faire sa déclaration, des conséquences liées au fait de mentir. Et surtout, il n'était pas disponible pour un contre-interrogatoire lors du procès. De toute évidence, en l'absence d'un contre-interrogatoire, le juge des faits ne disposait pas d'« un autre motif suffisant de [...] vérifier [la preuve] » (*Khelawon*, par. 105).

[88] Le juge du procès a examiné les [TRADUCTION] « garanties possibles que le ministère public et la cour pourraient mettre en place pour écarter les dangers [du ouï-dire] » (par. 19). Il a expliqué la possibilité que des déclarations antérieures incompatibles de M. Thielen soient mises en preuve, et que le ministère public avait accepté de citer les policiers qui avaient recueilli les différentes déclarations de M. Thielen, afin de permettre au procureur de la défense de les contre-interroger au sujet de ces déclarations incompatibles (par. 59). Il a également indiqué qu'il ferait une sérieuse mise en garde de type *Vetrovec* (par. 60).

[89] La mise en preuve des déclarations antérieures incompatibles de M. Thielen n'a pas procuré au jury un autre moyen suffisant pour évaluer la véracité de la déclaration de reconstitution. Et bien que le contre-interrogatoire de la personne qui recueille une déclaration relatée puisse s'avérer utile si la crédibilité ou la fiabilité de cette dernière soulève des préoccupations (*Blackman*, par. 50), il n'y avait en l'espèce aucune préoccupation de la sorte. Comme le fait remarquer l'intervenante Criminal Lawyer's Association of Ontario, [TRADUCTION] « lorsque le

statement is video-taped, for instance — then cross-examination of the recipient does nothing to help assess whether the *content* of the hearsay is true” (I.F., at para. 32 (emphasis in original)). Furthermore, as explained above, jury warnings about the dangers of hearsay evidence and *Vetrovec* testimony do little to support the statement’s procedural reliability. Jury warnings do not provide an adequate substitute for the traditional safeguards. They are no substitute for other conditions of admissibility. Rules of evidence, such as the rule against hearsay, protect trial fairness and the integrity of the trial process by deeming certain types of evidence presumptively inadmissible.

[90] Because there were few tools available for testing the truth and accuracy of the re-enactment statement, it could only be admitted if the circumstances in which it was made and corroborative evidence, if any, “substantially negate[d] the possibility that the declarant was untruthful” (*Smith* (1992), at p. 933).

[91] The trial judge found that the statement was reliable because it was voluntary, made after Thielen had received legal advice, and was a “free-flowing narrativ[e]”. He also relied on the fact that it was in-criminating. He reasoned that Thielen put himself at risk, even in the prison system, by implicating himself and others in the murders (para. 40).

[92] However, these circumstances “while relevant, in essence simply point to an absence of factors that, if present, would detract from an otherwise trustworthy statement” (*Couture*, at para. 101). They do not provide a circumstantial guarantee of trustworthiness. Furthermore, while Thielen incriminated himself in the murders in the re-enactment video, he had already done so in his statements to police following his arrest, and during the Mr. Big operation. And while he may have put himself at risk in the prison system by implicating Bradshaw, he nonetheless

contenu de la déclaration ou les circonstances dans lesquelles elle a été faite ne laissent aucun doute — si elle est enregistrée sur bande vidéo, par exemple — alors le contre-interrogatoire de la personne qui recueille la déclaration ne contribue aucunement à évaluer si le *contenu* du ouï-dire est véridique » (m.i., par. 32 (en italique dans l’original)). De plus, comme je l’ai déjà expliqué, les mises en garde faites au jury au sujet des dangers de la preuve par ouï-dire et les témoignages visés par *Vetrovec* appuient fort peu la fiabilité d’ordre procédural de la déclaration. Les mises en garde faites au jury n’offrent pas une solution de rechange adéquate aux garanties traditionnelles. Elles ne remplacent pas les autres conditions d’admissibilité. Les règles de preuve, telle la règle d’exclusion du ouï-dire, protègent l’équité et l’intégrité du procès en présumant que certains types de preuve sont inadmissibles.

[90] Puisque peu d’outils permettaient de vérifier la véracité et l’exactitude de la déclaration de reconstitution, celle-ci ne pouvait être admise que si les circonstances dans lesquelles elle a été faite et les éléments de preuve corroborants, le cas échéant, « écart[ai]ent considérablement la possibilité que le déclarant ait menti » (*Smith* (1992), p. 933).

[91] Le juge du procès a conclu que la déclaration était fiable parce que M. Thielen l’avait faite volontairement après avoir reçu un avis juridique, et qu’elle constituait un [TRADUCTION] « récit détaillé et fluide ». Il s’est aussi fondé sur le fait qu’elle était incriminante. Selon lui, M. Thielen s’est exposé à un risque, même dans le système carcéral, en s’incriminant et en impliquant d’autres personnes dans les meurtres (par. 40).

[92] Ces circonstances, toutefois, « quoique pertinentes, révèlent simplement une absence de facteurs qui, s’ils étaient présents, diminueraient la valeur d’une déclaration par ailleurs fiable » (*Couture*, par. 101). Elles n’offrent pas une garantie circonstancielle de fiabilité. De plus, bien que M. Thielen se soit incriminé relativement aux meurtres dans la vidéo de la reconstitution, il l’avait déjà fait dans ses déclarations à la police à la suite de son arrestation, et pendant l’opération Monsieur Big. Et bien qu’il ait pu s’exposer à un risque dans le système carcéral en

benefited from the opportunity of reduced criminal liability: he pled guilty to the lesser charge of second degree murder. Thielen clearly had a significant motive to lie about Bradshaw's involvement in the murders. The Court of Appeal rightfully noted that "[t]he [trial] judge did not sufficiently address the issues that would detract from the truthfulness of Mr. Thielen's statements, including his considerable motive to lie to extricate himself from his admissions to Cst. B. that he committed first degree murder, not once, but twice" (para. 37).

[93] Finally, as discussed above, the corroborative evidence relied on by the trial judge was of no assistance in establishing threshold reliability.

[94] The hearsay danger raised by the re-enactment evidence, namely the inability to investigate Thielen's sincerity about Bradshaw's participation, is particularly difficult to overcome in this case. Thielen had a motive to lie about Bradshaw's involvement in the murders and he initially did not implicate Bradshaw in the murders. Thielen is also a *Vetrovec* witness, a witness who cannot be trusted due to his unsavoury character. There are few tools available to the trier of fact to test Thielen's sincerity. The circumstances in which the statement came about, and the evidence led at the *voir dire*, do not substantially negate the possibility that Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders.

[95] This is not a case where the hearsay "presents minimal dangers and its *exclusion*, rather than its admission, would impede accurate fact finding" (*Khelawon*, at para. 2 (emphasis in original)). Rather, admitting the re-enactment statement would undermine the truth-seeking process and trial fairness. Hearsay is presumptively *inadmissible* and the trial judge erred in finding that this presumption was rebutted.

impliquant M. Bradshaw, il a tout de même bénéficié d'une responsabilité criminelle moindre : il a plaidé coupable à l'accusation moins grave de meurtre au second degré. M. Thielen avait manifestement une bonne raison de mentir au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. La Cour d'appel a fait remarquer avec justesse que [TRADUCTION] « [I]e juge [du procès] n'a pas suffisamment exposé les facteurs qui nuiraient à la véracité des déclarations de M. Thielen, y compris la raison sérieuse qu'il avait de mentir pour revenir sur les aveux faits à l'agent B., selon lesquels il aurait commis pas seulement un, mais deux meurtres au premier degré » (par. 37).

[93] Enfin, comme je l'ai expliqué, la preuve de corroboration sur laquelle le juge du procès s'est fondé n'était d'aucune utilité pour établir le seuil de fiabilité.

[94] Le danger du oui-dire que posait la déclaration de reconstitution, soit le fait de ne pas pouvoir vérifier la sincérité de M. Thielen au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres, est particulièrement difficile à écarter en l'espèce. M. Thielen avait une raison de mentir au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres et il n'a pas impliqué dès le début M. Bradshaw dans les meurtres. M. Thielen est également un témoin visé par *Vetrovec*, soit un témoin qui ne peut être présumé dire la vérité en raison de son honnêteté douteuse. Le juge des faits disposait de bien peu d'outils pour évaluer la sincérité de M. Thielen. Les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite et la preuve présentée au voir-dire n'écartent pas considérablement la possibilité que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres.

[95] Il ne s'agit pas d'un cas où le oui-dire « présente des dangers minimes et [où] son *exclusion* au lieu de son admission gênerait la constatation exacte des faits » (*Khelawon*, par. 2 (en italique dans l'original)). L'admission de la déclaration de reconstitution nuirait plutôt au processus de recherche de la vérité et à l'équité du procès. Le oui-dire est présumé *inadmissible*, et le juge du procès a commis une erreur en concluant que cette présomption a été réfutée.

## V. Conclusion

[96] I conclude that the trial judge erred in admitting the re-enactment statement into evidence. The Crown failed to establish the threshold reliability of this statement on a balance of probabilities.

[97] I would dismiss the appeal. I agree with the British Columbia Court of Appeal that the convictions be set aside and a new trial ordered.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

MOLDAVER J. (dissenting) —

### I. Overview

[98] At issue in this appeal is the admissibility of a video re-enactment<sup>3</sup> of the events surrounding the murders of Laura Lamoureux and Marc Bontkes in March 2009. In the re-enactment, which occurred in August 2010, some 17 months after the murders, Roy Thielen describes for the police how he and the respondent, Robert Bradshaw, carried out the murders together. After Mr. Thielen refused to testify at Mr. Bradshaw's trial, the trial judge admitted the re-enactment under the principled approach to hearsay evidence.

[99] My colleague, Karakatsanis J., concludes that the trial judge erred in doing so. She reaches this conclusion on the basis of a restrictive new test that departs from the functional approach to threshold reliability which this Court has endorsed in its modern jurisprudence.

[100] With respect, I disagree with my colleague's approach and her conclusion. I acknowledge that

<sup>3</sup> In these reasons, Mr. Thielen's hearsay re-enactment refers to both the visual demonstrations and verbal statements he made in the video to describe how the murders and related events took place.

## V. Conclusion

[96] Je conclus que le juge du procès a commis une erreur en admettant en preuve la déclaration de reconstitution. Le ministère public n'a pas réussi à établir le seuil de fiabilité de cette déclaration selon la prépondérance des probabilités.

[97] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je partage la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LE JUGE MOLDAVER (dissident) —

### I. Aperçu

[98] Le présent pourvoi porte sur l'admissibilité d'une vidéo de la reconstitution<sup>3</sup> des faits ayant conduit aux meurtres de Laura Lamoureux et de Marc Bontkes en mars 2009. Dans la reconstitution, qui a eu lieu en août 2010, environ 17 mois après les meurtres, Roy Thielen décrit pour les policiers comment l'intimé Robert Bradshaw et lui ont commis les meurtres ensemble. Comme M. Thielen a refusé de témoigner au procès de M. Bradshaw, le juge du procès a admis la reconstitution selon la méthode d'analyse raisonnée de l'admissibilité de la preuve par oui-dire.

[99] Ma collègue, la juge Karakatsanis, conclut qu'en ce faisant, le juge du procès a commis une erreur. Elle parvient à cette conclusion en se fondant sur un nouveau critère restrictif qui écarte l'approche fonctionnelle relative au seuil de fiabilité que la Cour a retenue dans sa jurisprudence moderne.

[100] Soit dit en tout respect, je ne puis accepter la démarche et la conclusion de ma collègue.

<sup>3</sup> Dans les présents motifs, la reconstitution relatée de M. Thielen renvoie aux démonstrations visuelles et aux déclarations verbales qu'il a faites dans la vidéo pour décrire les meurtres et les circonstances entourant ceux-ci.

Mr. Thielen's re-enactment was not problem-free and that hearsay dangers are generally more pronounced when a declarant is not available to be cross-examined. However, this was an unusual case, in that there was exceptionally powerful corroborative evidence, including surreptitiously recorded conversations in which Mr. Bradshaw admitted his involvement in the two murders. In addition, the trial judge adopted a number of procedural safeguards which placed the jury in a position to critically evaluate the impugned evidence. These included the limited admission of prior inconsistent statements taken by police officers along with the opportunity to cross-examine them, strict cautionary instructions to the jury and wide latitude given to defence counsel to canvass the same points in his closing submissions that he would have canvassed had he been able to cross-examine Mr. Thielen.

[101] In conjunction, these factors — powerful corroborative evidence and procedural safeguards — were capable of satisfying the test for threshold reliability. The principled approach to hearsay should not stand in the way of the truth-seeking function of a trial where the impugned evidence is shown to be trustworthy and the jury has the tools it needs to critically evaluate its ultimate reliability. This was the conclusion of the trial judge, who was uniquely positioned to make this determination. In my view, his ruling admitting the video re-enactment was amply supported by the record and error-free. I see no basis in fact or law to interfere with it.

[102] The trial judge's decision to reject a defence application to tender another hearsay statement by Mr. Thielen which did not implicate Mr. Bradshaw is also entitled to deference. I would uphold it.

[103] Accordingly, I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia

Je reconnais que la reconstitution de M. Thielen n'était pas sans problèmes et que les dangers du oui-dire sont généralement plus prononcés lorsque le déclarant ne peut être contre-interrogé. Il s'agit toutefois d'une affaire inhabituelle, vu l'existence d'éléments de preuve corroborants convaincants, notamment des conversations enregistrées furtivement dans lesquelles M. Bradshaw a admis sa participation aux deux meurtres. De plus, le juge du procès a adopté plusieurs garanties procédurales qui ont permis au jury d'apprécier d'un œil critique l'élément de preuve contesté. Ces garanties comportaient notamment l'admission restreinte de déclarations antérieures incompatibles prises par les policiers et la possibilité de contre-interroger ces derniers, des mises en garde sévères faites au jury et la grande latitude laissée au procureur de la défense d'exposer dans ses observations finales les mêmes points que ceux qu'il aurait exposés s'il avait été en mesure de contre-interroger M. Thielen.

[101] Considérés ensemble, ces facteurs — les éléments de preuve corroborants convaincants et les garanties procédurales — pouvaient satisfaire au critère du seuil de fiabilité. La méthode d'analyse raisonnée en matière de oui-dire ne devrait pas faire obstacle à la fonction de recherche de la vérité du procès lorsqu'il est démontré que les éléments de preuve contestés sont dignes de foi et que le jury dispose des outils nécessaires pour en apprécier d'un œil critique la fiabilité en dernière analyse. Telle était la conclusion du juge du procès, qui était particulièrement bien placé pour prendre cette décision. À mon avis, sa décision d'admettre la vidéo de la reconstitution était amplement étayée par le dossier et exempte d'erreurs. Je ne vois aucune raison, en fait ou en droit, de la modifier.

[102] La déférence s'impose également à l'égard de la décision du juge du procès de rejeter une demande de la défense visant à produire une autre déclaration relatée par M. Thielen qui n'impliquait pas M. Bradshaw. Je suis d'avis de confirmer cette décision.

[103] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement par lequel la Cour



Court of Appeal ordering a new trial and restore Mr. Bradshaw's convictions for the first degree murders of Ms. Lamoureux and Mr. Bontkes.

## II. Analysis

[104] The modern approach governing the admissibility of hearsay evidence is the principled approach. Under this approach, hearsay evidence can be admitted where it is necessary and where it meets the test for threshold reliability. It is uncontested that Mr. Thielen's refusal to testify at trial satisfies the necessity criterion. The focus of this appeal is on whether Mr. Thielen's re-enactment meets the test for threshold reliability.

### *The Test for Threshold Reliability*

[105] Hearsay evidence is presumptively inadmissible primarily because of the difficulty in testing its reliability. There is always a risk that a witness may misperceive the facts, wrongly remember them, narrate events in a misleading or incomplete manner, or make an intentionally false assertion. When a statement is made in court, traditional safeguards — such as the presence of the declarant in the courtroom and cross-examination — protect against the danger of falsehoods or inaccuracies going undetected by the trier of fact. Without the declarant being present in court and subjected to contemporaneous cross-examination, the trier of fact may be unable to detect mistakes, exaggerations or deliberate falsehoods: *R. v. Baldree*, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520, at paras. 31-32; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 2.

[106] The extent to which the reliability of hearsay evidence may be difficult to assess varies according to context. In certain circumstances, the challenges in assessing the declarant's perception, memory, narration or sincerity and the dangers arising from this will be sufficiently overcome to

d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné la tenue d'un nouveau procès, et de rétablir les déclarations de culpabilité de M. Bradshaw pour les meurtres au premier degré de M<sup>me</sup> Lamoureux et M. Bontkes.

## II. Analyse

[104] De nos jours, l'admissibilité de la preuve par ouï-dire est régie par la méthode d'analyse raisonnée. Selon cette méthode, la preuve par ouï-dire peut être admise lorsqu'elle est nécessaire et lorsqu'elle satisfait au critère du seuil de fiabilité. Nul ne conteste que le refus de M. Thielen de témoigner au procès satisfait au critère de la nécessité. Le présent pourvoi porte principalement sur la question de savoir si la reconstitution de M. Thielen satisfait au critère du seuil de fiabilité.

### *Le critère du seuil de fiabilité*

[105] La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible, principalement parce qu'il est difficile d'en vérifier la fiabilité. Il y a toujours un risque que le témoin perçoive mal les faits, qu'il se les remémore incorrectement, qu'il relate les événements d'une manière trompeuse ou incomplète, ou qu'il fasse sciemment une fausse déclaration. Lorsqu'une déclaration est faite en cour, des garanties traditionnelles — comme la présence du déclarant dans la salle d'audience et le contre-interrogatoire — permettent au juge des faits de déceler les faussetés ou les inexactitudes dans la déclaration. Sans la présence du déclarant en cour et la possibilité de le contre-interroger au moment même où il fait sa déclaration, le juge des faits peut ne pas être en mesure de détecter des erreurs, des exagérations ou des faussetés délibérées : *R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520, par. 31-32; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 2.

[106] La mesure dans laquelle la fiabilité de la preuve par ouï-dire peut être difficile à évaluer varie selon le contexte. Dans certaines circonstances, les difficultés à évaluer la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait ou sa sincérité et les dangers qui en découlent seront suffisamment

meet the test for threshold reliability: *R. v. Devine*, 2008 SCC 36, [2008] 2 S.C.R. 283, at para. 22; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 35; *Khelawon*, at para. 61.

[107] The principled approach to hearsay recognizes that threshold reliability can be met in three ways: (1) where the statement has sufficient features of substantive reliability; (2) where the statement has adequate features of procedural reliability; or (3) where the statement does not satisfy either of the first two ways, but incorporates features of both which, in combination, justify its admission. As I will explain, this case engages the third way and provides this Court with an opportunity to clarify its operation for the first time.

[108] First, substantive reliability in this context refers to a statement's degree of trustworthiness. Features of substantive reliability include the circumstances in which the statement was made and the existence of extrinsic evidence capable of corroborating or contradicting it: *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at para. 30; *Khelawon*, at para. 62; *Blackman*, at para. 35; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at para. 80. In the absence of procedural safeguards, these features of substantive reliability will, on their own, satisfy the threshold reliability requirement where they show that there is "no real concern about a statement's truth and accuracy": *Couture*, at paras. 98 and 100; *Devine*, at para. 22; *Khelawon*, at para. 62.<sup>4</sup> For example, in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, features of substantive reliability justified the admission of a three-and-a-half-year-old child's hearsay statement describing a sexual act, in that the statement was made spontaneously and was powerfully corroborated by a semen stain found on her clothing.

<sup>4</sup> While this is clearly a high standard, it does not require the trial judge to be convinced to a point of certainty that the statement is true, otherwise the difference between threshold and ultimate reliability, which this Court has consistently maintained, would be lost (see paras. 113-16 below).

écartés pour satisfaire au critère du seuil de fiabilité : *R. c. Devine*, 2008 CSC 36, [2008] 2 R.C.S. 283, par. 22; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 35; *Khelawon*, par. 61.

[107] Selon la méthode d'analyse raisonnée en matière de ouï-dire, il existe trois façons de satisfaire au seuil de fiabilité : (1) lorsque la déclaration présente suffisamment de caractéristiques de fiabilité substantielle; (2) lorsque la déclaration présente des caractéristiques adéquates de fiabilité d'ordre procédural; ou (3) lorsque la déclaration ne satisfait à aucune des deux premières façons, mais contient des caractéristiques des deux qui, prises ensemble, justifient son admission. Comme je l'expliquerai, la présente affaire fait intervenir la troisième façon et offre à la Cour une première occasion d'en préciser l'application.

[108] Premièrement, la fiabilité substantielle dans ce contexte a trait au caractère digne de foi de la déclaration. Les caractéristiques de la fiabilité substantielle comprennent les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite et l'existence d'éléments de preuve extrinsèques susceptibles de la corroborer ou de la contredire : *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 30; *Khelawon*, par. 62; *Blackman*, par. 35; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 80. En l'absence de garanties procédurales, ces caractéristiques de fiabilité substantielle satisferont, à elles seules, à l'exigence du seuil de fiabilité lorsqu'elles démontrent qu'il n'y a « pas vraiment lieu de s'interroger sur la véracité et l'exactitude d'une déclaration » : *Couture*, par. 98 et 100; *Devine*, par. 22; *Khelawon*, par. 62<sup>4</sup>. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, des caractéristiques de fiabilité substantielle ont justifié l'admission d'une déclaration relatée par une enfant de trois ans et demi qui décrivait un acte sexuel, car la déclaration avait été faite spontanément et était corroborée de manière convaincante par une tache de sperme sur ses vêtements.

<sup>4</sup> Bien que cette norme soit manifestement élevée, elle n'exige pas que le juge du procès soit convaincu avec certitude de la véracité de la déclaration car, autrement, la distinction entre seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse, que notre Cour a systématiquement maintenue, serait perdue (voir les par. 113-116 ci-après).

[109] Second, threshold reliability may be established where there are adequate features of procedural reliability, namely, procedural safeguards in place when the statement is made or at trial that permit the trier of fact to assess the statement's ultimate reliability: *Youvarajah*, at para. 30; *Khelawon*, at para. 63; *Blackman*, at para. 35; *Couture*, at para. 80. In the absence of features of substantive reliability indicating a statement's trustworthiness, threshold reliability will be satisfied if these procedural safeguards, on their own, demonstrate that without contemporaneous cross-examination of a witness in court, a hearsay statement's "truth and accuracy can nonetheless be sufficiently tested" by the trier of fact: *Khelawon*, at para. 63; *Devine*, at para. 22; *Couture*, at para. 80. Where features of procedural reliability *alone* are relied on, some form of cross-examination of the declarant has generally been required to satisfy the test for threshold reliability. For example, courts have held that adequate substitutes for testing truth and accuracy are present in preliminary hearing testimony (see *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043) and prior inconsistent statements that are video-taped and taken under oath where the declarant has recanted but remains available to be cross-examined at trial (see *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740).

[110] As Charron J. explained in *Khelawon*, characterizing these procedural safeguards as factors which indicate a statement's threshold *reliability* is "somewhat of a misnomer" (para. 80). These tools for testing hearsay evidence do not enhance the reliability of the statement, but rather ensure that the trier of fact is sufficiently equipped to evaluate the ultimate reliability of the statement: see also D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at p. 138.

[111] Finally, threshold reliability may be established where the statement has adequate features of *both* substantive and procedural reliability.

[109] Deuxièmement, le seuil de fiabilité peut être établi lorsque, au moment où la déclaration est faite ou au procès, des caractéristiques de fiabilité d'ordre procédural adéquates, à savoir des garanties procédurales, sont présentes et permettent au juge des faits d'évaluer la fiabilité de la déclaration en dernière analyse : *Youvarajah*, par. 30; *Khelawon*, par. 63; *Blackman*, par. 35; *Couture*, par. 80. En l'absence de caractéristiques de fiabilité substantielle qui portent à croire que la déclaration est digne de foi, il sera satisfait au seuil de fiabilité si ces garanties procédurales, à elles seules, démontrent que, sans le recours au contre-interrogatoire d'un témoin en cour au moment même où il fait sa déclaration, la « véricité et [l']exactitude [de la déclaration relatée] peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées » par le juge des faits : *Khelawon*, par. 63; *Devine*, par. 22; *Couture*, par. 80. Lorsque *seules* des caractéristiques de fiabilité d'ordre procédural sont invoquées, une certaine forme de contre-interrogatoire du déclarant est généralement requise pour satisfaire au critère du seuil de fiabilité. Par exemple, les tribunaux ont conclu que d'autres moyens adéquats de vérifier la véricité et l'exactitude de la preuve sont assurés par un témoignage reçu à l'enquête préliminaire (voir *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043) et par des déclarations antérieures incompatibles qui sont enregistrées sur bande vidéo et faites sous serment, lorsque le déclarant s'est rétracté mais demeure disponible pour être contre-interrogé au procès (voir *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740).

[110] Comme la juge Charron l'a expliqué dans l'arrêt *Khelawon*, « [i]l n'est pas tout à fait juste » de considérer ces garanties procédurales comme des facteurs qui établissent le seuil de *fiabilité* d'une déclaration (par. 80). Ces outils, qui servent à vérifier la preuve par oui-dire, ne renforcent pas la fiabilité de la déclaration, mais permettent plutôt au juge des faits d'être suffisamment outillé pour en évaluer la fiabilité en dernière analyse : voir également D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 2015), p. 138.

[111] Enfin, le seuil de fiabilité peut être établi lorsque la déclaration présente *à la fois* des caractéristiques adéquates de fiabilité substantielle et de

These two categories that inform threshold reliability are not mutually exclusive: *Youvarajah*, at para. 30; *Khelawon*, at para. 66; *Devine*, at para. 22; *Blackman*, at para. 35; *Couture*, at paras. 80 and 99. Rather, features of procedural reliability and substantive reliability may, in combination, satisfy threshold reliability: *Couture*, at para. 99; *R. v. Hamilton*, 2011 ONCA 399, 271 C.C.C. (3d) 208, at para. 156. In *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, the Court applied this approach, drawing on features of both substantive and procedural reliability to justify the admission of a hearsay statement (para. 53).

[112] Thus, a statement that is not admissible under the first two principal ways of establishing threshold reliability may still be admitted under this third way. Where a statement has a sufficient level of trustworthiness, relative to the strength of the procedural safeguards for the trier of fact to evaluate its ultimate reliability, the statement is safe to admit. Put another way, “[s]o long as [the hearsay statement] can be assessed and accepted by a reasonable trier of fact, then the evidence should be admitted”: *Paciocco and Stuesser*, at p. 134.

[113] It is important to keep in mind that threshold reliability is distinct from ultimate reliability. The trial judge does not need to be satisfied that the hearsay statement is true for it to meet the threshold reliability requirement under any of the three ways set out above. As with the common law tests for *Mr. Big* statements and expert evidence, the reliability of a hearsay statement need not be established *to a point of certainty* before it can be admitted: *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, at para. 98; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301, at para. 89. Otherwise, the trier of fact’s role of determining the ultimate reliability of a hearsay statement will have been usurped.

[114] On several occasions, this Court has discussed the danger of conflating threshold and

fiabilité d’ordre procédural. Ces deux catégories qui permettent d’établir le seuil de fiabilité ne s’excluent pas mutuellement : *Youvarajah*, par. 30; *Khelawon*, par. 66; *Devine*, par. 22; *Blackman*, par. 35; *Couture*, par. 80 et 99. En fait, les caractéristiques de fiabilité d’ordre procédural et de fiabilité substantielle peuvent, prises ensemble, satisfaire au seuil de fiabilité : *Couture*, par. 99; *R. c. Hamilton*, 2011 ONCA 399, 271 C.C.C. (3d) 208, par. 156. Dans l’arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, la Cour a appliqué cette méthode, en se fondant sur des caractéristiques de fiabilité substantielle et de fiabilité d’ordre procédural pour justifier l’admission d’une déclaration relatée (par. 53).

[112] Ainsi, une déclaration qui n’est pas admissible selon les deux premières façons principales d’établir le seuil de fiabilité peut tout de même être admise en vertu de cette troisième façon. Lorsqu’une déclaration est suffisamment digne de foi, du fait de l’efficacité des garanties procédurales permettant au juge des faits d’évaluer sa fiabilité en dernière analyse, elle peut être admise sans risque. Autrement dit, [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où [la déclaration relatée] peut être évaluée et acceptée par un juge des faits raisonnable, la preuve devrait être admise » : *Paciocco et Stuesser*, p. 134.

[113] Il importe de se rappeler que le seuil de fiabilité se distingue de la fiabilité en dernière analyse. Il n’est pas nécessaire que le juge du procès soit convaincu de la véracité de la déclaration relatée pour qu’elle satisfasse à l’exigence du seuil de fiabilité en vertu de l’une ou l’autre des trois façons énoncées précédemment. À l’instar des critères de common law relatifs aux déclarations issues d’une opération *Monsieur Big* et aux témoignages d’expert, la fiabilité d’une déclaration relatée ne doit pas forcément être établie *avec certitude* avant d’être admise : *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 98; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301, par. 89. Autrement, le rôle du juge des faits consistant à déterminer la fiabilité en dernière analyse d’une déclaration relatée aura été usurpé.

[114] À plusieurs reprises, la Cour a analysé le danger de confondre le seuil de fiabilité et la

ultimate reliability. In *Khelawon*, Charron J. stated, at para. 50:

It is important that the trier of fact's domain not be encroached upon at the admissibility stage. If the trial is before a judge and jury, it is crucial that questions of ultimate reliability be left for the jury — in a criminal trial, it is constitutionally imperative. If the judge sits without a jury, it is equally important that he or she not prejudge the ultimate reliability of the evidence before having heard all of the evidence in the case. Hence, a distinction must be made between “ultimate reliability” and “threshold reliability”. Only the latter is inquired into on the admissibility voir dire. [Emphasis added.]

This cautionary note was echoed in *Blackman*, at para. 56: “It is essential to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be pre-determined on the admissibility voir dire: see *Khelawon*, at para. 93.”

[115] In this regard, I agree with the observations of Watt J.A. in *R. v. Carroll*, 2014 ONCA 2, 304 C.C.C. (3d) 252, at para. 111, that the party tendering hearsay

need not eliminate all possible sources of doubt about the perception, memory or sincerity of the declarant. All that was required in this case was that the circumstances in which the statements were made and any relevant extrinsic evidence provided the trier of fact with the means to critically evaluate the honesty and accuracy of the declarant . . . . [Citations omitted.]

[116] In other words, as with expert evidence and Mr. Big confessions, the trial judge is simply tasked with deciding “the threshold question of ‘whether the evidence is worthy of being heard by the jury’”: *Hart*, at para. 98, quoting *Abbey*, at para. 89.

[117] I am satisfied that the re-enactment in the present case was admissible under the third way of establishing threshold reliability. As I will explain, there was powerful corroborative evidence indicating the statement's trustworthiness and a number of

fiabilité en dernière analyse. Dans l'arrêt *Khelawon*, la juge Charron a affirmé ce qui suit au par. 50 :

Au stade de l'admissibilité, il importe de ne pas empiéter sur la compétence du juge des faits. Si le procès a lieu devant un juge et un jury, il est essentiel que les questions de fiabilité en dernière analyse soient laissées au jury — dans un procès criminel, c'est un impératif constitutionnel. Si le juge siège sans jury, il importe tout autant qu'il ne préjuge pas de la fiabilité en dernière analyse de la preuve avant d'avoir entendu l'ensemble de la preuve au dossier. Il faut donc établir une distinction entre « fiabilité en dernière analyse » et « seuil de fiabilité ». Lors d'un voir-dire portant sur l'admissibilité, l'examen se limite au seuil de fiabilité. [Je souligne.]

Cette mise en garde a été reprise dans l'arrêt *Blackman*, par. 56 : « Il est essentiel pour assurer l'intégrité du processus de constatation des faits de ne pas préjuger la question de la fiabilité en dernière analyse lors du voir-dire sur l'admissibilité : voir *Khelawon*, par. 93. »

[115] À cet égard, je souscris aux observations du juge Watt dans l'arrêt *R. c. Carroll*, 2014 ONCA 2, 304 C.C.C. (3d) 252, par. 111, selon lesquelles la partie qui présente une preuve par ouï-dire

[TRADUCTION] n'a pas besoin d'éliminer toutes les sources possibles de doute quant à la perception, à la mémoire ou à la sincérité du déclarant. En l'espèce, il suffisait que les circonstances dans lesquelles les déclarations ont été faites et tout élément de preuve extrinsèque pertinent fournissent au juge des faits les moyens d'évaluer d'un œil critique l'honnêteté du déclarant et l'exactitude de sa déclaration . . . . [Références omises.]

[116] Autrement dit, comme dans le cas du témoignage d'expert et des aveux issus d'une opération Monsieur Big, le juge du procès doit simplement trancher « la question préliminaire qui consiste à déterminer [TRADUCTION] “si la preuve vaut d'être entendue par le jury” » : *Hart*, par. 98, citant *Abbey*, par. 89.

[117] Je suis convaincu que la reconstitution en l'espèce était admissible en vertu de la troisième façon d'établir le seuil de fiabilité. Comme je vais l'expliquer, une preuve corroborante convaincante donnait à penser que la déclaration était digne de

procedural safeguards that provided the jury with the tools it needed to evaluate its truth and accuracy. With respect, I believe that in reaching a different conclusion, my colleague has departed from the functional approach to threshold reliability by: (1) unduly restricting the extrinsic evidence that a court can consider when assessing a statement's substantive reliability; and (2) adopting a narrow view of the procedural safeguards available at trial that can equip the jury with the tools it needs to assess the ultimate reliability of a statement.

(1) The Extrinsic Evidence That a Court Can Consider When Assessing Substantive Reliability

[118] My colleague maintains that “at the threshold reliability stage, corroborative evidence is used in a manner that is qualitatively distinct from the manner in which the trier of fact uses it to assess the statement’s ultimate reliability” (para. 42). In her view, “[a] trial judge can only rely on corroborative evidence to establish threshold reliability if it shows, when considered as a whole and in the circumstances of the case, that the only likely explanation for the hearsay statement is the declarant’s truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement” (para. 44).

[119] Respectfully, my colleague’s test gives rise to two difficulties. First, her test would replace the functional approach that this Court has repeatedly endorsed, with a restrictive test that unnecessarily complicates the analysis and discards crucial information for evaluating threshold reliability. The functional approach emphasizes that there is no bright-line distinction between factors that inform threshold and ultimate reliability. Rather, the inquiry is focused on whether the extrinsic evidence addresses hearsay dangers by providing information about whether the statement is trustworthy:

In each case, the scope of the inquiry must be tailored to the particular dangers presented by the evidence and limited to determining the evidentiary question of admissibility.

foi et plusieurs garanties procédurales ont donné au jury les outils dont il avait besoin pour évaluer sa véracité et son exactitude. Soit dit avec respect, j’estime qu’en arrivant à une conclusion différente, ma collègue s’est écartée de l’approche fonctionnelle relative au seuil de fiabilité : (1) en restreignant indûment la preuve extrinsèque dont un tribunal peut tenir compte lorsqu’il apprécie la fiabilité substantielle d’une déclaration; et (2) en adoptant un point de vue restrictif des garanties procédurales disponibles au procès qui peuvent munir le jury des outils dont il a besoin pour apprécier la fiabilité en dernière analyse d’une déclaration.

(1) La preuve extrinsèque dont le tribunal peut tenir compte lorsqu’il apprécie la fiabilité substantielle

[118] Ma collègue soutient qu’à « l’étape du seuil de fiabilité, la preuve corroborante est utilisée d’une manière distincte, au plan qualitatif, de la manière dont le juge des faits l’utilise pour évaluer la fiabilité de la déclaration en dernière analyse » (par. 42). Selon elle, « [l]e juge du procès ne peut, pour établir le seuil de fiabilité, se fonder sur la preuve corroborante que si celle-ci, considérée globalement dans les circonstances de l’espèce, démontre que la seule explication plausible de la déclaration relatée est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l’exactitude de ceux-ci » (par. 44).

[119] Soit dit en tout respect, le critère que propose ma collègue soulève deux difficultés. Premièrement, son critère remplacerait l’approche fonctionnelle maintes fois entérinée par la Cour par un critère restrictif qui complique inutilement l’analyse et qui écarte des renseignements primordiaux à l’appréciation du seuil de fiabilité. L’approche fonctionnelle souligne l’absence d’une distinction nette entre les facteurs qui régissent le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse. L’analyse est plutôt axée sur la question de savoir si les éléments de preuve extrinsèques écartent les dangers du oui-dire en fournissant des renseignements sur la fiabilité de la déclaration :

Dans chaque cas, l’examen doit être fonction des dangers particuliers que présente la preuve et ne porter que sur la question de l’admissibilité.

... Relevant factors should not be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, the court should adopt a more functional approach . . . and focus on the particular dangers raised by the hearsay evidence sought to be introduced and on those attributes or circumstances relied upon by the proponent to overcome those dangers.

(*Khelawon*, at paras. 4 and 93; see also para. 55.)

[120] My colleague’s approach instead creates a “threshold test within the threshold test”, which is

subject to the same criticisms which arise from the [absolute] exclusion of corroborating or conflicting evidence. The categorizing or labelling of evidence that is suitable for including in the *decision-making process* of hearsay admissibility is neither necessary nor desirable. [Emphasis in original.]

(S. Akhtar, “Hearsay: The Denial of Confirmation” (2005), 26 C.R. (6th) 46, at p. 60)

[121] Second, in applying her approach, my colleague parses the analysis by examining whether each individual piece of corroborative evidence demonstrates that the “only likely explanation” is the declarant’s truthfulness. This ignores the reality that even if an individual piece of extrinsic evidence does not satisfy my colleague’s requirement on its own, it may nonetheless work in conjunction with other extrinsic evidence or features of substantive reliability to satisfy the test for threshold reliability (see *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.), at pp. 278-79, points 4 and 5, on the nature of corroborative evidence in general). Yet according to her test, for a piece of corroborative evidence to make its way onto the evidentiary scale for threshold reliability purposes, it must effectively be independently capable of tipping the scale. This restrictive test fails to look at the picture as a whole and discards corroborative evidence that could play an important role in satisfying threshold reliability.

... Les facteurs pertinents ne doivent plus être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en dernière analyse. Le tribunal devrait plutôt adopter une approche plus fonctionnelle [. . .] et se concentrer sur les dangers particuliers que comporte la preuve par oui-dire qu’on cherche à présenter, de même que sur les caractéristiques ou circonstances que la partie qui veut présenter la preuve invoque pour écarter ces dangers.

(*Khelawon*, par. 4 et 93; voir aussi le par. 55.)

[120] L’approche que préconise ma collègue crée plutôt un [TRADUCTION] « critère du seuil de fiabilité au sein du critère du seuil de fiabilité », lequel est

[TRADUCTION] l’objet des mêmes critiques que soulève l’exclusion [absolue] de la preuve corroborante ou de la preuve contradictoire. Il n’est ni nécessaire ni souhaitable de catégoriser ou de qualifier les éléments de preuve qui peuvent être pris en compte dans le *processus décisionnel* relatif à l’admissibilité du oui-dire. [Italiques dans l’original.]

(S. Akhtar, « Hearsay : The Denial of Confirmation » (2005), 26 C.R. (6th) 46, p. 60)

[121] Deuxièmement, en appliquant son approche, ma collègue décortique l’analyse en examinant si chacun des éléments de preuve corroborants démontre que la « seule explication probable » est que le déclarant est digne de foi. Cette démarche ne tient pas compte du fait que, même si un élément de preuve extrinsèque particulier ne satisfait pas à lui seul à l’exigence de ma collègue, il peut quand même contribuer, avec d’autres éléments de preuve extrinsèques ou des aspects de la fiabilité substantielle, à satisfaire au critère du seuil de fiabilité (voir *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), p. 278-279, points 4 et 5, au sujet de la nature de la preuve corroborante en général). Pourtant, suivant le critère de ma collègue, pour qu’un élément de preuve corroborant soit pris en compte dans l’analyse du seuil de fiabilité, il doit pouvoir, à lui seul, faire pencher la balance. Ce critère restrictif perd de vue l’ensemble de la preuve et écarte des éléments de preuve corroborants susceptibles de contribuer de façon significative à satisfaire au seuil de fiabilité.

[122] That said, I acknowledge that it may be necessary for the trial judge to limit the scope of extrinsic evidence that can be considered in a hearsay *voir dire*. As Paciocco and Stuesser note (at p. 134): “There is concern, however, that the *voir dire* on the admissibility of the hearsay evidence could well overtake the trial. . . . The difficulty is where to draw the line and the reality [is] that there is no fixed line” (emphasis added). I agree that such concerns must be addressed on a case-by-case basis, which is consistent with the functional approach to the admissibility of hearsay endorsed in *Khelawon*: see *R. v. R. (T.)*, 2007 ONCA 374, 85 O.R. (3d) 481, at para. 19; *R. v. Lowe*, 2009 BCCA 338, 274 B.C.A.C. 92, at para. 78. In my opinion, the line should be drawn where the trial judge is of the view that the probative value of certain corroborative evidence is tenuous and outweighed by its prejudicial effect in prolonging and complicating the proceedings — in other words, where the bang is not worth the buck. Trial judges should be trusted to make this determination and exercise restraint when considering extrinsic evidence to ensure the trial proceedings are not derailed by the *voir dire*: *Blackman*, at para. 57.

(2) The Role of Safeguards Implemented at Trial in Establishing Procedural Reliability

[123] As Charron J. held in *Khelawon*, “the optimal way of testing evidence adopted by our adversarial system is to have the declarant state the evidence in court, under oath, and under the scrutiny of contemporaneous cross-examination” (para. 63). It follows that where no meaningful cross-examination is possible, trial judges should be particularly cautious when determining the admissibility of a hearsay statement. However, where there are adequate substitutes for these traditional safeguards, “common sense tells us that we should not lose the benefit of the evidence”: *Khelawon*, at para. 63. A trial judge may have procedural safeguards at his or her disposal that can provide the trier of fact with the tools needed to evaluate the ultimate reliability of hearsay evidence.

[122] Cela dit, je reconnais qu’il peut être nécessaire que le juge du procès limite la portée de la preuve extrinsèque qui peut être prise en compte dans le cadre d’un voir-dire relatif au ouï-dire. Comme l’ont souligné Paciocco et Stuesser (p. 134) : [TRADUCTION] « On craint toutefois que le voir-dire relatif à l’admissibilité de la preuve par ouï-dire occulte le procès. [ . . . ] Il est difficile de savoir où tracer la ligne et, en fait, il n’existe aucune ligne fixe » (je souligne). Je conviens que ces préoccupations doivent être prises en compte au cas par cas, ce qui concorde avec l’approche fonctionnelle relative à l’admissibilité du ouï-dire entérinée dans l’arrêt *Khelawon* : voir *R. c. R. (T.)*, 2007 ONCA 374, 85 O.R. (3d) 481, par. 19; *R. c. Lowe*, 2009 BCCA 338, 274 B.C.A.C. 92, par. 78. À mon avis, il faut tracer la ligne lorsque le juge du procès estime que la valeur probante de certains éléments de preuve corroborants est faible et qu’elle est supplantée par son effet préjudiciable du fait que l’élément de preuve prolonge et complique les procédures — autrement dit, lorsque le jeu n’en vaut pas la chandelle. Il faut avoir confiance en la capacité des juges de procès de prendre cette décision et de faire preuve de retenue lorsqu’ils examinent des éléments de preuve extrinsèques pour veiller à ce que le voir-dire ne fasse pas dériver le procès : *Blackman*, par. 57.

(2) Le rôle des garanties mises en œuvre au procès pour établir la fiabilité d’ordre procédural

[123] Suivant le propos de la juge Charron dans *Khelawon*, « dans notre système accusatoire, la meilleure façon de vérifier la preuve est de faire témoigner le déclarant sous serment devant le tribunal, tout en lui faisant subir au même moment un contre-interrogatoire » (par. 63). Il s’ensuit que lorsqu’aucun contre-interrogatoire utile n’est possible, les juges du procès doivent être particulièrement prudents lorsqu’ils se prononcent sur l’admissibilité d’une déclaration relatée. Toutefois, lorsqu’il existe des substituts adéquats à ces garanties traditionnelles, « le bon sens nous indique qu’il ne faudrait pas perdre l’avantage de cette preuve » : *Khelawon*, par. 63. Le juge du procès peut disposer de garanties procédurales susceptibles de munir le juge des faits des outils dont il a besoin pour évaluer la fiabilité en dernière analyse de la preuve par ouï-dire.



[124] In this case, the Court of Appeal held that the trial judge erred in considering procedural safeguards that were implemented at trial in evaluating the threshold reliability of the re-enactment. According to the Court of Appeal, only safeguards in existence at the time of the statement could be considered:

The guarantee of trustworthiness and accuracy at the threshold test does not arise as a result of anything a judge or the Crown at trial can do. Safeguards are those in place when the statement is taken, for example, placing the person under oath, warning them of the consequences of lying under oath and so on, but that is not the situation here. The judge looked at safeguards that could be imposed at trial, which do not assist in ascertaining threshold reliability. [Emphasis added; para. 30.]

[125] I agree with the Crown that safeguards that support procedural reliability include those which can be implemented at trial. In my view, there is no principled distinction between safeguards in place at the time the hearsay statement was made and safeguards available at trial. Both enhance the ability of the trier of fact to critically evaluate the evidence.

[126] This is well established in the jurisprudence. For example, where a recanting declarant is available to be cross-examined at trial on a prior statement, this significantly enhances the trier of fact's ability to evaluate its reliability: *Khelawon*, at para. 66; *Devine*, at para. 19; *Couture*, at para. 92; *B. (K.G.)*, at pp. 795-96. In addition, the cross-examination of a third party who witnessed the declarant's demeanour may provide an added procedural safeguard implemented at trial: *U. (F.J.)*, at para. 32; *B. (K.G.)*, at p. 792.

[127] There are also other tools that can be implemented at trial to assist the jury in evaluating a hearsay statement. As this case illustrates, jury cautions, the limited admission of prior inconsistent statements that contradict the hearsay statement, requiring the Crown to call the police officers who took prior inconsistent statements as witnesses so that they can be cross-examined by defence counsel,

[124] En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte des garanties procédurales mises en œuvre au procès pour apprécier le seuil de fiabilité de la reconstitution. Selon la Cour d'appel, seules les garanties qui existaient au moment de la déclaration pouvaient être prises en compte :

[TRADUCTION] La garantie que la déclaration est digne de foi et exacte à l'étape du critère du seuil de fiabilité ne découle pas de ce que peut faire un juge ou le ministère public au procès. Les garanties sont celles qui existent lorsque la déclaration est faite, comme assermenter les témoins, les informer des conséquences de mentir sous serment, et ainsi de suite, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Le juge a tenu compte des garanties qui pouvaient être imposées au procès, lesquelles n'aident pas à confirmer le seuil de fiabilité. [Je souligne; par. 30.]

[125] Je suis d'accord avec le ministère public pour dire que les garanties qui étayent la fiabilité d'ordre procédural comprennent celles qui peuvent être mises en œuvre au procès. À mon sens, il n'existe aucune distinction de principe entre les garanties qui existaient au moment où la déclaration relatée est faite et les garanties offertes au procès. Les deux améliorent la capacité du juge des faits d'évaluer la preuve d'un œil critique.

[126] Cette notion est bien établie dans la jurisprudence. Par exemple, lorsqu'un déclarant qui s'est rétracté peut être contre-interrogé au procès au sujet d'une déclaration antérieure, cela améliore grandement la capacité du juge des faits à évaluer sa fiabilité : *Khelawon*, par. 66; *Devine*, par. 19; *Couture*, par. 92; *B. (K.G.)*, p. 795-796. De plus, le contre-interrogatoire d'un tiers qui a été témoin du comportement du déclarant peut fournir une garantie procédurale supplémentaire au procès : *U. (F.J.)*, par. 32; *B. (K.G.)*, p. 792.

[127] D'autres moyens peuvent également être mis en œuvre au procès pour aider le jury à apprécier la déclaration relatée. Comme le démontre la présente affaire, les mises en garde faites au jury, l'admission restreinte de déclarations antérieures incompatibles qui contredisent la déclaration relatée, l'obligation pour le ministère public de citer les policiers qui ont pris les déclarations antérieures

and permitting enhanced leeway for defence counsel during closing submissions may also enable the trier of fact to test a statement's truthfulness and accuracy. The trial judge is uniquely positioned to adapt and implement these measures based on the specific circumstances of the case.

[128] My colleague does not consider or address several safeguards referred to above upon which the trial judge relied. In particular, she rejects the viability of jury instructions as a procedural safeguard, asserting that “[i]nstructing a jury on *how* to evaluate a statement that it [the jury] lacks the *means* to evaluate does not address the hearsay dangers that underlie the exclusionary rule” (para. 29 (emphasis in original)). In my respectful view, this statement oversimplifies the issue.

[129] Jury instructions can be a *means* of assisting the jury with the evaluation of a hearsay statement. Like cross-examination, instructions can draw a jury's attention to evidentiary concerns, which ameliorates hearsay dangers by helping the jury assess the reliability of a statement: see *R. v. Goodstoney*, 2007 ABCA 88, 218 C.C.C. (3d) 270, at paras. 58 and 92; *R. v. Blackman* (2006), 84 O.R. (3d) 292 (C.A.), at paras. 81-87, aff'd 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298. For example, an instruction cautioning a jury about a declarant's motive to fabricate and a suggestion of a motive to fabricate put to a witness in cross-examination can both alert a jury to a concern regarding sincerity, which helps it assess whether the statement is reliable. Further, jury instructions include a caution to resolve any doubt in favour of the accused.

[130] It goes without saying that cross-examination is a superior means of testing evidence because it allows the jury to observe how a witness responds — be it a denial, an admission or an explanation. However, in setting out the potential dangers of a

incompatibles à comparaître afin qu'ils puissent être contre-interrogés par l'avocat de la défense, et le fait d'accorder à l'avocat de la défense une plus grande latitude dans ses observations finales, peuvent également permettre au juge des faits de vérifier la véracité et l'exactitude d'une déclaration. Le juge du procès est particulièrement bien placé pour adapter et mettre en œuvre ces mesures en fonction des circonstances précises de l'affaire.

[128] Ma collègue n'aborde pas ou n'examine pas plusieurs garanties mentionnées précédemment sur lesquelles le juge du procès s'est fondé. Elle rejette en particulier la viabilité des directives au jury en tant que garantie procédurale en soutenant que « [l]e fait de donner des directives au jury sur la *façon* d'évaluer une déclaration qu'il n'a pas les *moyens* d'évaluer ne réduit pas les dangers associés au oui-dire qui sous-tendent la règle d'exclusion » (par. 29 (en italique dans l'original)). À mon avis, cette affirmation simplifie la question à l'excès.

[129] Les directives au jury peuvent constituer un *moyen* d'aider le jury à évaluer une déclaration relatée. Tout comme le contre-interrogatoire, les directives au jury peuvent attirer son attention sur des préoccupations liées à la preuve, ce qui atténue les dangers du oui-dire en aidant le jury à apprécier la fiabilité d'une déclaration : *R. c. Goodstoney*, 2007 ABCA 88, 218 C.C.C. (3d) 270, par. 58 et 92; *R. c. Blackman* (2006), 84 O.R. (3d) 292 (C.A.), par. 81-87, conf. par 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298. Par exemple, une directive qui met le jury en garde à l'égard d'un motif qu'aurait le déclarant pour inventer une histoire, et le fait de confronter un témoin lors du contre-interrogatoire au sujet d'un motif qu'il aurait pour inventer une histoire peuvent dans les deux cas signaler au jury une préoccupation relative à la sincérité, ce qui l'aide à apprécier la fiabilité de la déclaration. En outre, les directives au jury comportent une mise en garde prévoyant que tout doute doit favoriser l'accusé.

[130] Il va sans dire que le contre-interrogatoire est le moyen par excellence de vérifier la preuve parce qu'il permet au jury d'observer la façon dont un témoin répond — qu'il s'agisse d'une dénégation, d'une admission ou d'une explication. Cependant,

hearsay statement, jury instructions are capable of enhancing, to a limited extent, the procedural reliability of the statement. In this case, to be clear, the instructions were only one feature of a package of safeguards adopted by the trial judge to put the jury in a position whereby it could critically evaluate the ultimate reliability of the re-enactment.

[131] Ultimately, my colleague’s unwillingness to consider the various procedural safeguards relied upon by the trial judge in this case leads her to conclude that, because the hearsay statement does not have sufficient features of substantive reliability, it cannot be admitted. With respect, this skirts the third way of establishing threshold reliability — the one applied by the trial judge in this case — in which features of substantive and procedural reliability may, in conjunction, justify the admission of a hearsay statement.

[132] I now turn to the issue of whether the trial judge erred in admitting the re-enactment under this third way.

### III. Application to the August 2, 2010 Re-enactment

#### A. *The Hearsay Dangers Raised by the Re-enactment*

[133] In this case, the primary hearsay danger raised by the re-enactment was the possibility that Mr. Thielen was lying about Mr. Bradshaw’s involvement in the murders. Mr. Thielen made prior inconsistent statements and he was an accomplice in both murders. The concern that the jury could not assess Mr. Thielen’s sincerity was therefore a particularly acute hearsay danger.

[134] The challenges of testing Mr. Thielen’s memory and perception also created hearsay dangers, given his drug abuse at the time of the events and the nearly 17 months that had elapsed between the murders and the re-enactment. My colleague suggests that Mr. Thielen’s sincerity was the sole

en exposant les dangers que peut poser une déclaration relatée, les directives au jury peuvent renforcer, jusqu’à un certain point, la fiabilité d’ordre procédural de la déclaration. En l’espèce, je le précise, les directives ne constituaient qu’un élément d’un ensemble de garanties adoptées par le juge du procès afin que le jury soit en mesure d’apprécier d’un œil critique la fiabilité en dernière analyse de la reconstitution.

[131] Ultimement, le refus de ma collègue d’examiner les diverses garanties procédurales sur lesquelles s’est fondé le juge du procès en l’espèce l’amène à conclure que, parce que la déclaration relatée ne présente pas suffisamment de caractéristiques de fiabilité substantielle, elle ne peut être admise. Soit dit en tout respect, cela élude la troisième façon d’établir le seuil de fiabilité — celle que le juge du procès a appliquée en l’espèce — par laquelle les caractéristiques de fiabilité substantielle et de fiabilité d’ordre procédural peuvent, ensemble, justifier l’admission d’une déclaration relatée.

[132] J’aborde maintenant la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en admettant la reconstitution en vertu de cette troisième façon.

### III. Application à la reconstitution du 2 août 2010

#### A. *Les dangers du oui-dire que pose la reconstitution*

[133] En l’espèce, le principal danger du oui-dire que posait la reconstitution était la possibilité que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. M. Thielen a fait des déclarations antérieures incompatibles et était un complice dans les deux meurtres. La crainte que le jury ne puisse évaluer la sincérité de M. Thielen constituait donc un danger du oui-dire particulièrement important.

[134] Les difficultés de vérifier la mémoire et la perception de M. Thielen constituaient également des dangers du oui-dire compte tenu de sa consommation de drogues au moment des faits et de la période de près de 17 mois qui s’est écoulé entre les meurtres et la reconstitution. Selon ma collègue, la

danger in issue, dismissing Mr. Thielen’s memory and perception concerns as “minimal” (para. 64). In my view, this is not supported by the record. During oral submissions on the *voir dire*, defence counsel specifically referred to memory and perception concerns that he said detracted from the re-enactment’s reliability. In doing so, he did not characterize these as weak or minimal. Rather, he stated:

Now, I also want to highlight to you some of the other overriding factors that you have to consider in assessing threshold reliability, and those are that Mr. Thielen has a long-term substance abuse problem. His statement are replete with references to being foggy, to having no recollection, all of which he attributes to drug use and, I might say, the fact is that he’s giving this video re-enactment 17 months after the fact. [Emphasis added.]

(A.R., vol. VII, at p. 147)

In my view, Mr. Bradshaw’s trial counsel was in a better position than this Court to assess whether it was “plausible” that Mr. Thielen’s memory of Mr. Bradshaw’s role in the killings was inaccurate. In light of defence counsel having raised these concerns, the trial judge can hardly be faulted for responding to them.

[135] As I will explain, however, these hearsay dangers — sincerity along with memory and perception — were sufficiently overcome by features of both substantive and procedural reliability that permitted the trier of fact to evaluate the reliability of the re-enactment.

#### B. *The Substantive Reliability of the Re-enactment*

[136] The substantive reliability of the re-enactment was significantly enhanced by both powerful extrinsic evidence that corroborated its content and the circumstances in which it took place. I acknowledge that these features of substantive reliability, on their own, were insufficient to justify the admission

sincérité de M. Thielen constituait le seul danger en cause, et elle écarte comme « minime[s] » (par. 64) les préoccupations concernant la mémoire et la perception de M. Thielen. À mon sens, ce point de vue n’est pas étayé par le dossier. Durant les observations orales dans le cadre du voir-dire, l’avocat de la défense a précisément fait mention des préoccupations concernant la mémoire et la perception qui, selon lui, nuisaient à la fiabilité de la reconstitution. Ce faisant, il ne les a pas qualifiées de faibles ou de minimes. Il a plutôt affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Maintenant, je veux aussi souligner quelques-uns des autres facteurs déterminants dont vous devez tenir compte dans l’appréciation du seuil de fiabilité, soit le fait que M. Thielen a un problème de toxicomanie qui dure depuis longtemps. Dans ses déclarations, il a affirmé à plusieurs reprises que sa mémoire était embrouillée, qu’il ne se souvenait pas, ce qu’il attribue à sa consommation de drogues et, si je peux me permettre, au fait qu’il donne cette vidéo de la reconstitution 17 mois après le fait. [Je souligne.]

(d.a., vol. VII, p. 147)

Selon moi, l’avocat de M. Bradshaw au procès était mieux en mesure que la Cour d’évaluer s’il était « plausible » que le souvenir qu’avait M. Thielen du rôle de M. Bradshaw dans les meurtres soit inexact. L’avocat de la défense ayant soulevé ces préoccupations, on peut difficilement reprocher au juge du procès d’y avoir répondu.

[135] Comme je vais l’expliquer, toutefois, ces dangers du oui-dire — la sincérité ainsi que la mémoire et la perception — étaient suffisamment surmontés par des caractéristiques de fiabilité substantielle et de fiabilité d’ordre procédural qui ont permis au juge des faits d’évaluer la fiabilité de la reconstitution.

#### B. *La fiabilité substantielle de la reconstitution*

[136] La fiabilité substantielle de la reconstitution était sensiblement renforcée tant par des éléments de preuve extrinsèques convaincants qui corroboraient son contenu que par les circonstances dans lesquelles elle a eu lieu. Je reconnais que ces caractéristiques de fiabilité substantielle, à elles

of the re-enactment under the first way of meeting threshold reliability. That said, they went a long way toward establishing the trustworthiness of the re-enactment. In my view, this attenuated the importance of cross-examination and the relative strength of the procedural safeguards needed to meet the third way of establishing threshold reliability.

(1) The Powerful Corroborative Evidence

[137] Mr. Thielen’s re-enactment was corroborated by three separate groups of evidence: (a) surreptitiously recorded conversations with Mr. Bradshaw, in which Mr. Bradshaw admitted his involvement in the murders; (b) circumstantial evidence implicating Mr. Bradshaw in the murders; and (c) forensic evidence from the crime scenes confirming Mr. Thielen’s account of the details of the murders. As stated, this corroborative evidence must be examined as a whole, not assessed on a piecemeal basis. Considered cumulatively, this evidence provides powerful support for the trustworthiness of Mr. Thielen’s re-enactment.

(a) *The Recorded Conversations*

[138] This case is unusual, in that the most compelling corroborative evidence comes from Mr. Bradshaw’s own admissions. As noted by my colleague, two surreptitiously recorded conversations with Mr. Thielen “provide direct evidence of Bradshaw’s involvement in the murders” (para. 74).

(i) The July 21, 2010 Conversation

[139] The first recorded conversation took place approximately 16 months after the two murders at a local hotel on July 21, 2010. It followed Mr. Thielen’s meeting earlier that day with “Mr. Big”, during which Mr. Thielen implicated both himself and Mr. Bradshaw in the two murders. In

seules, ne suffisaient pas pour justifier l’admission de la reconstitution en vertu de la première façon de satisfaire au seuil de fiabilité. Cela dit, elles ont grandement contribué à démontrer que la reconstitution est digne de foi. À mon avis, cela a atténué l’importance du contre-interrogatoire et la valeur relative des garanties procédurales nécessaire pour qu’il soit satisfait à la troisième façon d’établir le seuil de fiabilité.

(1) Les éléments de preuve corroborants convaincants

[137] La reconstitution de M. Thielen a été corroborée par trois groupes distincts d’éléments de preuve : a) des conversations avec M. Bradshaw enregistrées furtivement, dans lesquelles M. Bradshaw a admis sa participation aux meurtres; b) des éléments de preuve circonstancielle impliquant M. Bradshaw dans les meurtres; et c) des éléments de preuve médico-légaux recueillis sur les lieux des crimes qui confirment la description des meurtres relatée en détail par M. Thielen. Comme je l’ai indiqué, ces éléments de preuve corroborants doivent être examinés ensemble, et non individuellement. Examinée cumulativement, cette preuve étaye solidement le caractère digne de foi de la reconstitution de M. Thielen.

a) *Les conversations enregistrées*

[138] Il s’agit en l’espèce d’une affaire inhabituelle en ce que la preuve corroborante la plus convaincante provient des propres aveux de M. Bradshaw. Comme l’a indiqué ma collègue, deux conversations avec M. Thielen enregistrées furtivement « fournissent une preuve directe de la participation de M. Bradshaw aux meurtres » (par. 74).

(i) La conversation du 21 juillet 2010

[139] La première conversation a été enregistrée dans un hôtel de la région le 21 juillet 2010, environ 16 mois après les deux meurtres. Elle faisait suite à la rencontre de M. Thielen avec « Monsieur Big » plus tôt le même jour, durant laquelle M. Thielen a affirmé que M. Bradshaw et lui avaient participé

the meeting with Mr. Big, Mr. Thielen was told by undercover officers posing as members of a criminal organization to discuss the murders with Mr. Bradshaw in order to ensure there were no loose ends that needed to be brought to Mr. Big's attention.

[140] The first eight minutes or so of the conversation between Mr. Thielen and Mr. Bradshaw at the hotel were not captured because they were in a washroom together and their discussion was muffled by the sound of running water. After an undercover officer called Mr. Thielen on his phone, Mr. Bradshaw and Mr. Thielen left the washroom and the conversation continued in the hotel room where it could be heard. Neither Mr. Thielen nor Mr. Bradshaw knew they were being recorded. During this conversation, Mr. Bradshaw admitted to being present during the murder of Ms. Lamoureux (who went by the moniker "Double 'D'"):

Thielen: 'Kay, remember like my first one, Double 'D'?

Bradshaw: Uh-hm.

Thielen: Right? When you parked, right. Is there anybody that could have seen me?

Bradshaw: Houses.

Thielen: What?

Bradshaw: The houses around us.

Thielen: Right.

Bradshaw: And they said they saw a white Acura leaving.

Thielen: Exactly.

Bradshaw: Right, we were in the black Cobalt.

Thielen: . . . there's nothing I touched, right?

Bradshaw: No, that's a tactic.

aux deux meurtres. Lors de la rencontre avec Monsieur Big, des agents banalisés se faisant passer pour des membres d'une organisation criminelle ont incité M. Thielen à discuter des meurtres avec M. Bradshaw pour s'assurer qu'il n'avait omis aucun détail qui devait être porté à l'attention de Monsieur Big.

[140] Les huit premières minutes environ de la conversation entre MM. Thielen et Bradshaw à l'hôtel n'ont pas été saisies parce qu'ils étaient dans la salle de bain et leur discussion a été étouffée par le son de l'eau qui coulait. Après qu'un agent banalisé ait appelé M. Thielen sur son téléphone, MM. Bradshaw et Thielen sont sortis de la salle de bain et la conversation s'est poursuivie dans la chambre d'hôtel où on pouvait les entendre. Ni M. Thielen ni M. Bradshaw ne savaient que leur conversation était enregistrée. Durant cette conversation, M. Bradshaw a admis qu'il était présent lors du meurtre de M<sup>me</sup> Lamoureux (surnommée « Double "D" »):

[TRADUCTION]

M. Thielen : Ok, tu te rappelles mon premier, Double « D »?

M. Bradshaw : Hu-hum.

M. Thielen : Oui? Quand tu t'es stationné. Est-ce que quelqu'un aurait pu me voir?

M. Bradshaw : Des maisons.

M. Thielen : Quoi?

M. Bradshaw : Les maisons autour de nous.

M. Thielen : C'est vrai.

M. Bradshaw : Et ils ont dit qu'ils avaient vu une Acura blanche partir.

M. Thielen : Exactement.

M. Bradshaw : C'est vrai, on était dans la Cobalt noire.

M. Thielen : . . . j'ai rien touché, pas vrai?

M. Bradshaw : Non, c'est une tactique.

- |           |   |               |   |
|-----------|---|---------------|---|
| Thielen:  | That's a tactic?  | M. Thielen :  | C'est une tactique?   |
| Bradshaw: | Yeah. That's what I think. My personal opinion. 'Cause if they had anything fuckin', (knocking sound) [video shows Bradshaw knocking on wooden table] like that – | M. Bradshaw : | Ouais. C'est ce que je pense. Mon opinion personnelle. Parce que s'ils avaient quelque chose (un cognement se fait entendre) [la vidéo montre que M. Bradshaw frappe la table en bois] comme ça – |
| Thielen:  | Yeah.   | M. Thielen :  | Ouais.  |
| Bradshaw: | -pff-   | M. Bradshaw : | -pff-   |
| Thielen:  | There's nothing man. [Emphasis added.]  | M. Thielen :  | Y'a rien, mon gars. [Je souligne.]  |

(A.R., vol. XII, at pp. 51-52)

(d.a., vol. XII, p. 51-52)

[141] Later, Mr. Bradshaw seemingly agreed that he and Mr. Thielen did not have a plan for murdering Ms. Lamoureux. He described how Ms. Lamoureux called him to purchase drugs and he picked up Mr. Thielen before the murder:

[141] Plus tard, M. Bradshaw a semblé convenir que M. Thielen et lui n'avaient pas planifié le meurtre de M<sup>me</sup> Lamoureux. Il a indiqué que M<sup>me</sup> Lamoureux l'avait appelé pour acheter des drogues et qu'il était allé chercher M. Thielen avant le meurtre :

[TRADUCTION]

- |           |  |               |   |
|-----------|--|---------------|---|
| Bradshaw: | . . . Before I picked you up. I think you were just getting ready weren't you?       | M. Bradshaw : | . . . Avant que je vienne te chercher. Je pense que t'étais en train de te préparer, non?             |
| Thielen:  | Yeah, well we didn't-  | M. Thielen :  | Ouais, en fait, on n'avait-   |
| Bradshaw: | . . .  | M. Bradshaw : | . . .   |
| Thielen:  | -really hatch a plan.  | M. Thielen :  | -pas vraiment de plan.  |
| Bradshaw: | . . .  | M. Bradshaw : | . . .   |
| Thielen:  | We didn't really have that one planned did we? It was just kinda on a whim remember? | M. Thielen :  | On n'avait pas vraiment planifié celui-là, non? C'était plus comme un coup de tête, tu t'en souviens? |
| Bradshaw: | Maybe-   | M. Bradshaw : | Peut-être-  |
| Thielen:  | You went-  | M. Thielen :  | T'es allé   |
| Bradshaw: | <u>-and she called me-</u>   | M. Bradshaw : | <u>-et elle m'a appelé-</u>   |
| Thielen:  | -you went, you went and sold her dope and then she wanted to trade it back.          | M. Thielen :  | -t'es allé, t'es allé et tu lui as vendu la drogue et après, elle voulait l'échanger.                 |
| Bradshaw: | <u>Yeah.</u>   | M. Bradshaw : | <u>Ouais.</u>   |

Thielen: And then, 'cause I wasn't with you went and met her and you picked me up from somewhere out in the area.

Bradshaw: Okay. [Emphasis added.]

(A.R., vol. XII, at pp. 60-61)

This was consistent with Mr. Thielen's re-enactment. It was also corroborated by logs on Ms. Lamoureux's phone, which was recovered from the crime scene and showed several calls with Mr. Bradshaw immediately prior to the murder.

[142] Mr. Bradshaw implicated himself in the murder of Mr. Bontkes as well. He described how he and Mr. Thielen had worn gloves and waited for Michelle Motola (Mr. Bradshaw's then girlfriend) to drive up with Mr. Bontkes, which corresponds with Mr. Thielen's re-enactment. He also told Mr. Thielen that Ms. Motola did not see who shot Mr. Bontkes. Ms. Motola thought the shooter was Mr. Thielen, when in fact it was Mr. Bradshaw:

Thielen: On the second one, did we touch the van?

Bradshaw: No, we had gloves on the whole time.

Thielen: 'Kay.

Bradshaw: As soon as got out of the car, gloves. And then we pulled the piece out. Cleaned all the shells off. Put every thing back together and waited. And then there's fuckin' . . .

Thielen: But Michelle didn't do the last . . . did she?

Bradshaw: She was there, but she didn't see shit. She didn't see what happened, she thought it was you. She didn't even know it was me.

Thielen: Okay.

M. Thielen : Puis alors, parce que j'étais pas avec, t'es allé là-bas pour la rencontrer puis t'es venu me chercher quelque part pas loin.

M. Bradshaw : Ok. [Je souligne.]

(d.a., vol. XII, p. 60-61)

Cette conversation concorde avec la reconstitution de M. Thielen. Elle a également été corroborée par l'historique des appels de M<sup>me</sup> Lamoureux sur son téléphone, qui a été récupéré sur les lieux du crime et qui indiquait qu'elle avait parlé plusieurs fois à M. Bradshaw immédiatement avant le meurtre.

[142] M. Bradshaw a également admis sa participation au meurtre de M. Bontkes. Il a expliqué que M. Thielen et lui avaient porté des gants et avaient attendu que Michelle Motola (la petite amie de M. Bradshaw à l'époque) arrive en voiture avec M. Bontkes, ce qui correspond à la reconstitution de M. Thielen. Il a également dit à M. Thielen que M<sup>me</sup> Motola n'avait pas vu qui avait tiré sur M. Bontkes. M<sup>me</sup> Motola pensait que le tireur était M. Thielen, alors qu'en réalité, il s'agissait de M. Bradshaw :

[TRADUCTION]

M. Thielen : Pour le deuxième, est-ce qu'on a touché à la fourgonnette?

M. Bradshaw : Non, on avait des gants tout le long.

M. Thielen : Ok.

M. Bradshaw : Dès qu'on est sorti de l'auto, gants. Puis après, on a sorti le morceau. On a enlevé toutes les balles. On a tout rangé puis on a attendu. Puis après il y a . . .

M. Thielen : Mais Michelle n'a rien fait au dernier [. . .] non?

M. Bradshaw : Elle était là, mais elle n'a rien vu. Elle n'a rien vu de ce qui s'est passé, elle pensait que c'était toi. Elle savait même pas que c'était moi.

M. Thielen : Ok.



Bradshaw: So, she's fuckin', even if she wanted to, she couldn't even tell it straight, because of that advantage because she was (smacking sound) we were over here, right? She's sitting her like this and this . . . everything's going on over here. She doesn't know. She doesn't know anything for sure. [Emphasis added.]

(A.R., vol. XII, at pp. 52-53)

[143] Mr. Bradshaw also discussed their actions after the murders:

Thielen: Where were we before that? Where were we after that?

Bradshaw: My house.

Thielen: And before, at your house, right?

Bradshaw: All my house.

Thielen: Both times?

Bradshaw: Both. Before and after. We stashed the thing in my house, took all the shit, you fuckin' left with it. You walked over to the fuckin' . . .

Thielen: And then I came back and got it later.

Bradshaw: Yeah.

Thielen: . . . got rid of it, right?

Bradshaw: . . . the pieces that were missing were my shoes and I burned them personally. [Emphasis added.]

(A.R., vol. XII, at p. 53)

[144] Finally, the two discussed the investigations and potential sources of evidence regarding the two murders:

Thielen: Have you talked to anybody about it?

M. Bradshaw : Fait que, même si elle voulait, elle pourrait même pas le raconter comme il faut, à cause de cet avantage, parce qu'elle était (son de gifle) on était par là, pas vrai? Elle était assise là comme ça et ça . . . puis tout s'est passé là-bas. Elle ne sait pas. Elle ne sait rien c'est certain. [Je souligne.]

(d.a., vol. XII, p. 52-53)

[143] M. Bradshaw a également discuté de ce qu'ils ont fait après les meurtres :

[TRADUCTION]

M. Thielen : On était où avant ça? On était où après ça?

M. Bradshaw : Chez moi.

M. Thielen : Puis avant, chez toi, oui?

M. Bradshaw : Chez moi tout le temps.

M. Thielen : Les deux fois?

M. Bradshaw : Oui. Avant pis après. On a caché le truc chez moi, on a pris toutes nos affaires, puis t'es parti avec. Tu as marché jusqu'au . . .

M. Thielen : Puis après je suis revenu et je les ai ramassées.

M. Bradshaw : Ouais.

M. Thielen : . . . m'en suis débarrassé, non?

M. Bradshaw : . . . il manquait mes souliers, et je les ai brûlés moi-même. [Je souligne.]

(d.a., vol. XII, p. 53)

[144] Enfin, ils ont tous deux discuté des enquêtes et des sources potentielles de preuve concernant les deux meurtres :

[TRADUCTION]

M. Thielen : As-tu parlé de ça à quelqu'un?

- Bradshaw: Nah. M. Bradshaw : Non.
- Thielen: Nobody? M. Thielen : Personne?
- Bradshaw: Nothing. M. Bradshaw : Rien.
- Thielen: Just absolutely nobody, so if- M. Thielen : Absolument personne, alors si-
- Bradshaw: No. M. Bradshaw : Non.
- Thielen: -it's anybody yapping their gums it's Michelle? M. Thielen : -si quelqu'un jacasse, c'est Michelle?
- Bradshaw: That's it. But people have been saying that I killed Double 'D' since it happened. M. Bradshaw : C'est ça. Mais les gens disent que j'ai tué Double « D » depuis que c'est arrivé.
- Thielen: I know, I know, I've been- M. Thielen : Je sais, je sais, j'ai-
- Bradshaw: . . . M. Bradshaw : . . .
- Thielen: -hearing so many things, I heard- M. Thielen : -entendu tellement d'affaires, j'ai entendu-
- Bradshaw: . . . M. Bradshaw : . . .
- Thielen: -stories about it in jail. M. Thielen : -des histoires à propos de ça en prison.
- Bradshaw: -about me, blah, blah, blah. Fuckin' everybody's saying . . . whatever, that's hearsay. That doesn't make a fuckin' difference . . . to nothing . . . anyone that even has a half fuckin' I know, is Michelle. The only one. Because she knows for a fact who was there, that's it. And it can only be one or the other. M. Bradshaw : -à propos de moi, bla bla bla. Tout le monde en parle . . . peu importe, c'est du oui-dire. Ça ne fait aucune différence . . . à rien . . . si quelqu'un sait quelque chose, c'est Michelle. La seule. Parce qu'elle sait pour sûr qui était là, c'est tout. Puis ça peut juste être l'un ou l'autre.
- Thielen: On the one, on the one, that's it. M. Thielen : Sur celui-là, sur celui-là, c'est tout.
- Bradshaw: Yeah, only on that one. Right? She doesn't know shit about the first one. M. Bradshaw : Oui, juste celui-là. Non? Elle sait absolument rien du premier.
- Thielen: And so after both of them we went to your house? M. Thielen : Puis après les deux, on est allés chez toi?
- Bradshaw: Uh-hm. No, not after the first one. M. Bradshaw : Hu-hum. Non, pas après le premier.
- Thielen: Where'd we go? M. Thielen : On est allés où?
- Bradshaw: I think we went to your house after the first one. M. Bradshaw : Je pense qu'on est allés chez toi après le premier.
- Thielen: And you just dropped me off? And you kept goin' on right? M. Thielen : Puis tu m'as juste déposé? T'as continué ton chemin, non?

Bradshaw: I think I was working.

Thielen: Yeah.

Bradshaw: Yeah.

Thielen: Okay. So, we're not gonna say nothing about this? Not gonna talk to nobody about this?

Bradshaw: I'm not sweating it to be honest. [Emphasis added.]

(A.R., vol. XII, at pp. 55-56)

(ii) The July 23, 2010 Conversation

[145] The second conversation took place two days later at Bothwell Park on July 23, 2010. Undercover officers posing as members of a criminal organization again instructed Mr. Thielen that he needed to speak to Mr. Bradshaw about the murders, particularly with respect to a “dry run” that had preceded the murder of Mr. Bontkes. This dry run involved Ms. Motola picking up Mr. Bontkes and taking him for a drive, while Mr. Bradshaw pretended to be unconscious in the back seat and Mr. Thielen hid under a jacket across the back seat floor with a firearm. The plan to kill Mr. Bontkes on that occasion failed because, in Mr. Bradshaw’s words, “[i]t was my fault ‘cause I was supposed to string him up and then you were supposed to put the bitch on him . . . . And I didn’t do that” (the “bitch” being the gun they had at the time) (A.R., vol. XII, at p. 76).

[146] Because this conversation centres more on the dry run of the murder of Mr. Bontkes, it is somewhat less compelling in corroborating Mr. Bradshaw’s involvement in the actual murders than the hotel conversation. Nevertheless, Mr. Bradshaw’s admitted participation in the dry run strongly supports his motive for the killing of Mr. Bontkes. In addition, Mr. Bradshaw did refer to the murders themselves, mentioning the ongoing police investigation and suggesting that if the police had any evidence, they would have already acted:

M. Bradshaw : Je pense que je travaillais.

M. Thielen : Ouais.

M. Bradshaw : Ouais.

M. Thielen : Ok. Alors on ne va rien dire à propos de ça? On ne va en parler à personne?

M. Bradshaw : Je ne m’en fais pas, à vrai dire. [Je souligne.]

(d.a., vol. XII, p. 55-56)

(ii) La conversation du 23 juillet 2010

[145] La deuxième conversation a eu lieu au parc Bothwell deux jours plus tard, le 23 juillet 2010. Des agents banalisés se faisant passer pour des membres d’une organisation criminelle ont encore une fois demandé à M. Thielen de discuter des meurtres avec M. Bradshaw, particulièrement d’un essai à blanc qui a précédé le meurtre de M. Bontkes. Lors de cet essai, M<sup>me</sup> Motola est passée prendre M. Bontkes et l’a amené faire une promenade en voiture, pendant que M. Bradshaw faisait semblant d’être inconscient sur la banquette arrière et que M. Thielen était caché par terre sous un manteau devant la banquette arrière avec une arme à feu. Le projet de tuer M. Bontkes à cette occasion a échoué parce que, comme l’a dit M. Bradshaw : [TRADUCTION] « C’était ma faute parce que j’étais supposé l’attacher pis après t’étais censé lui donner la chienne. [. . .] Et je ne l’ai pas fait » (la « chienne » étant l’arme à feu en leur possession à ce moment-là) (d.a., vol. XII, p. 76).

[146] Comme cette conversation porte davantage sur la tentative de meurtre de M. Bontkes, elle est moins convaincante que la conversation à l’hôtel pour corroborer la participation de M. Bradshaw aux meurtres eux-mêmes. Quoi qu’il en soit, la participation, admise par M. Bradshaw, à la tentative indique amplement son motif pour le meurtre de M. Bontkes. De plus, M. Bradshaw a fait référence aux meurtres mêmes, en parlant de l’enquête policière en cours et en supposant que si les policiers possédaient des éléments de preuve, ils auraient déjà agi :

[TRADUCTION]

- Thielen: So, I just, I'm trying to go through everything because how much dope I was on back then, I'm so fuzzy with a lot of shit, man. I thought I was-
- Bradshaw: Even better.
- Thielen: No, it's not even better because I-
- Bradshaw: Why?
- Thielen: -I'm goin' through stuff . . . trying to figure out what the hell needs to be fixed here. So we don't get popped, right.
- Bradshaw: You could fly through a polygraph on that. If you don't know . . .
- Thielen: Yeah, I would never, I would never do a polygraph in my life, obviously I'm uh, I'm just trying to figure what is missing and what can be put against us, right, so that we-
- Bradshaw: Honestly, like I said I think as long as . . . I think the, the rest of it is fuckin' snap shut tight. I think if there was anything left it would have already been done immediately. They wouldn't have waited so long, they're, they're playing the drum, that's all they're doin'. [Emphasis added.]
- M. Thielen : Alors, j'essaie juste, j'essaie de me rappeler de tout, parce que j'étais tellement drogué dans le temps, je suis tout embrouillé, mon gars. Je pensais que j'étais-
- M. Bradshaw : Encore mieux.
- M. Thielen : Non, c'est pas encore mieux, parce que je-
- M. Bradshaw : Pourquoi?
- M. Thielen : -Je repasse les événements . . . j'essaie de comprendre ce qui doit être réglé. Pour pas qu'on se fasse prendre, tu comprends.
- M. Bradshaw : Tu pourrais passer un polygraphe là-dessus sans problème. Si tu sais pas . . .
- M. Thielen : Oui, je passerais jamais, je passerais jamais un polygraphe de ma vie, évidemment, je uh, j'essaie juste de comprendre ce qui manque et ce qu'on pourrait prouver contre nous, tu sais, pour qu'on-
- M. Bradshaw : Honnêtement, comme j'ai dit, en autant que . . . Je pense que le, pour le reste, il n'y a absolument rien. Je pense que s'il restait quelque chose, ça aurait déjà été fait immédiatement. Ils n'auraient pas attendu si longtemps, ils battent le tambour, c'est tout ce qu'ils font. [Je souligne.]

(A.R., vol. XII, at p. 80)

[147] Mr. Bradshaw later added that no one would have seen Ms. Motola pick up Mr. Bontkes prior to the murder and the only witnesses who could have seen them on the night of Mr. Bontkes's murder was a construction crew they drove past after the murder took place:

Bradshaw: And when she went to go see him, it was just her and then you, so . . . no

(d.a., vol. XII, p. 80)

[147] M. Bradshaw a ajouté plus tard que personne n'aurait vu M<sup>me</sup> Motola passer prendre M. Bontkes avant le meurtre et que les seuls témoins qui auraient pu les voir la nuit du meurtre de M. Bontkes étaient les membres d'une équipe de construction devant laquelle ils sont passés après le meurtre :

[TRADUCTION]

M. Bradshaw : Et quand elle est allée le voir, il y avait juste elle et ensuite toi, alors . . .

	<u>other eyeballs on that one, the only other thing, the only other people that saw us together was a construction crew.</u>		<u>personne d'autre n'a été témoin, la seule autre chose, les seules personnes qui nous ont vus ensemble étaient les membres de l'équipe de construction.</u>
Thielen:	What construction crew?	M. Thielen :	Quelle équipe de construction?
Bradshaw:	Construction crew . . . remember that? You went south on 192, down to 32.	M. Bradshaw :	L'équipe de construction . . . tu t'en souviens? T'es allé au sud sur la 192, jusqu'à la 32.
Thielen:	And there was a construction crew there?	M. Thielen :	Et y'avait une équipe de construction là?
Bradshaw:	There was a construction worker on 32. We came across 32, hit 176, came up 176 and the car died. Remember?	M. Bradshaw :	Y'avait un travailleur de la construction sur la 32. On a traversé la 32, on a pris la 176 puis la voiture s'est arrêtée. Tu t'en souviens?
Thielen:	On that day?	M. Thielen :	Ce jour-là?
Bradshaw:	. . . that was that night.	M. Bradshaw :	. . . c'était cette nuit-là.
Thielen:	No that was the night it all went down. We left and . . . phone call . . . someone . . . sources . . . fuck off. Um . . .	M. Thielen :	Non, ça c'était la nuit où tout s'est passé. On est partis puis . . . appel . . . quelqu'un . . . sources . . . tant pis. Hum . . .
Bradshaw:	<u>Personally, I think, like I said, I think it's fuckin' smooth. You know if I didn't even know you guys at that time, you know, we met at the bar talking maybe a month or so later, whatever. You know, everybody's fuzzy enough . . . no one can say for sure, right. That's what I'm talking about. (Chuckles) You know, especially with her. [Emphasis added.]</u>	M. Bradshaw :	<u>Personnellement, je pense, comme j'ai dit, je pense qu'on est bien corrects. Tu sais, si je vous avais pas connu à ce moment-là, tu sais, on s'est rencontrés au bar et on s'est parlé environ un mois plus tard, peu importe. Tu sais, tout le monde est pas mal confus . . . personne ne sait pour sûr. C'est ce que je dis. (Petits rires) Tu sais, surtout avec elle. [Je souligne.]</u>

(A.R., vol. XII, at p. 82)

It is apparent that “her” referred to Ms. Motola — who was also present for the killing of Mr. Bontkes — as the two went on to discuss how the police had approached her. The police investigation also confirmed that a construction crew was working in the area at the relevant time.

[148] Reading these two conversations in their entirety, there can be no doubt that Mr. Thielen and Mr. Bradshaw were implicitly — and at times

(d.a., vol. XII, p. 82)

De toute évidence, « elle » fait référence à M<sup>me</sup> Motola — qui était également présente lors du meurtre de M. Bontkes — alors que les deux ont ensuite discuté de la façon dont les policiers l'avaient abordée. L'enquête policière a également confirmé qu'une équipe de construction travaillait dans le secteur au moment des faits.

[148] À la lecture de ces deux conversations dans leur intégralité, il ne fait aucun doute que MM. Thielen et Bradshaw discutaient implicitement, et parfois

overtly — discussing their joint involvement in the two murders. This provides powerful corroborative evidence that significantly enhances the substantive reliability of the re-enactment by alleviating concerns about Mr. Thielen’s sincerity.

[149] For my colleague, however, these conversations provide “no assistance” in establishing substantive reliability (para. 84) — a remarkable proposition that no one advanced in the proceedings below or before this Court. In her view, Mr. Thielen’s truthfulness is not the only likely explanation for the conversations — a conclusion which rests squarely on her second-guessing the trial judge’s factual assessment of the conversations and speculating about “outside influence” as a “possible explanation” for them (para. 84).

[150] My colleague makes two points in this regard. First, she maintains that the trial judge did not account for the reduced reliability of Mr. Bradshaw’s statements because they were “collected in a Mr. Big operation” (para. 78). With respect, calling these “Mr. Big” statements is a misnomer. Mr. Bradshaw was not the subject of the Mr. Big operation. He believed he was speaking to an accomplice, not to a member of a criminal organization in circumstances involving the type of inducements or implied threats that characterize Mr. Big operations: *Hart*, at paras. 5 and 58-60. The rationales for exercising special caution with Mr. Big confessions therefore simply do not apply. On the contrary, I agree with the trial judge that the fact that these conversations were surreptitiously recorded while both Mr. Thielen and Mr. Bradshaw believed they were privately discussing the details of the murders, as accomplices, significantly enhanced their reliability (ruling on *voir dire* No. 1, 2012 BCSC 2025, at para. 44 (CanLII)). Any motive for Mr. Bradshaw to falsely implicate himself in such circumstances is mere fancy.

ouvertement, de leur participation conjointe aux deux meurtres. Il s’agit là d’une preuve corroborante convaincante qui renforce de manière significative la fiabilité substantielle de la reconstitution en atténuant les préoccupations au sujet de la sincérité de M. Thielen.

[149] Pour ma collègue, cependant, ces conversations ne sont « d’aucune utilité » pour établir la fiabilité substantielle (par. 84) — une proposition remarquable que personne n’a fait valoir devant les tribunaux inférieurs ou devant notre Cour. Selon elle, la sincérité de M. Thielen n’est pas la seule explication plausible de ces conversations — une conclusion qui repose clairement sur le fait que ma collègue remet en question l’appréciation factuelle des conversations par le juge du procès et qu’elle spéculé au sujet d’une « influence extérieure » qui serait une « explication possible » pour ces conversations (par. 84).

[150] Ma collègue fait deux observations à cet égard. Premièrement, elle soutient que le juge du procès n’a pas tenu compte du fait que les déclarations de M. Bradshaw étaient moins fiables parce qu’elles ont été « recueillies dans le cadre d’une opération Monsieur Big » (par. 78). À mon avis, il n’est pas juste de les qualifier de déclarations « issues d’une opération Monsieur Big ». M. Bradshaw n’était pas l’objet de l’opération Monsieur Big. Il croyait parler à un complice, et non à un membre d’une organisation criminelle dans des circonstances faisant intervenir le genre d’incitatifs ou de menaces implicites qui caractérisent les opérations Monsieur Big : *Hart*, par. 5 et 58-60. Par conséquent, les raisons justifiant que l’on fasse preuve d’une plus grande prudence à l’égard des aveux issus d’une opération Monsieur Big ne s’appliquent tout simplement pas. Au contraire, je suis d’accord avec le juge du procès pour dire que le fait que ces conversations aient été enregistrées furtivement alors que MM. Thielen et Bradshaw croyaient tous deux qu’ils discutaient en privé des détails des meurtres, à titre de complices, renforce de manière significative leur fiabilité (décision relative au voir-dire n° 1, 2012 BCSC 2025, par. 44 (CanLII)). Tout motif que M. Bradshaw aurait pu avoir pour mentir sur son implication dans ces circonstances tient de la fantaisie.

[151] Second, my colleague expresses concern that “the initial part [the first eight minutes] of the Best Western conversation was inaudible because Thielen and Bradshaw were in the bathroom and a tap was running” (para. 80). In her opinion, this raises questions about the trustworthiness of the recording.

[152] I disagree. Neither individual knew that they were being recorded. It stretches the bounds of credulity and common sense to think that this initial part of the conversation could explain away the incriminating admissions made by Mr. Bradshaw in the audible part of the conversation. How one could reasonably infer that during these eight minutes, Mr. Bradshaw may have been influenced and prepared to falsely recite his participation in the two murders escapes me. It is clear from the transcript that Mr. Bradshaw was, at times, leading the conversation and volunteering details about the murders without any prompting on Mr. Thielen’s part. Unlike my colleague, I do not believe it is appropriate to consider Mr. Bradshaw’s trial testimony — that, during these eight minutes, Mr. Thielen asked him to pretend that he had been involved in the murders — in assessing the substantive reliability of the re-enactment. Mr. Bradshaw testified after the re-enactment was admitted and therefore his testimony was not before the trial judge at the time of his ruling. Furthermore, the jury clearly rejected Mr. Bradshaw’s testimony that he was lying about his involvement in the murders at Mr. Thielen’s request.

[153] If these conversations do not qualify as corroborative evidence supporting a hearsay statement’s substantive reliability, then I am at a loss to know what would. Even on the basis of my colleague’s restrictive test, they clearly qualify. The only plausible — and certainly the “only likely” — explanation for Mr. Bradshaw’s admissions was that he participated in the two murders. It follows, in my view, that the trial judge did not err in relying on Mr. Bradshaw’s admissions as powerful corroboration of the truthfulness of Mr. Thielen’s re-enactment.

[151] Deuxièmement, ma collègue se dit préoccupée par le fait que « la première partie [les huit premières minutes] de la conversation à l’hôtel Best Western était inaudible parce que MM. Thielen et Bradshaw se trouvaient dans la salle de bain et que l’eau du robinet coulait » (par. 80). Selon elle, cela soulève des questions concernant le caractère digne de foi de l’enregistrement.

[152] Je ne suis pas d’accord. Ni l’un ni l’autre ne savaient qu’ils étaient enregistrés. C’est forcer les limites de la crédulité et du bon sens de penser que cette première partie de la conversation pourrait réfuter les aveux incriminants faits par M. Bradshaw dans la partie audible de la conversation. Je ne sais pas comment on pourrait déduire que durant ces huit minutes, M. Bradshaw puisse avoir été influencé et préparé à mentir en racontant sa participation aux deux meurtres. Il appert clairement de la transcription que parfois, M. Bradshaw menait la conversation et détaillait volontairement les meurtres sans que M. Thielen l’incite à le faire. Contrairement à ma collègue, je ne crois pas qu’il convienne de tenir compte du témoignage de M. Bradshaw au procès — selon lequel, durant ces huit minutes, M. Thielen lui a demandé de faire semblant qu’il avait participé aux meurtres — dans l’appréciation de la fiabilité substantielle de la reconstitution. M. Bradshaw a témoigné après l’admission en preuve de la reconstitution et, par conséquent, le juge du procès ne disposait pas du témoignage de M. Bradshaw au moment où il a rendu sa décision. De plus, le jury a clairement rejeté le témoignage de M. Bradshaw selon lequel il aurait menti au sujet de sa participation aux meurtres à la demande de M. Thielen.

[153] Si l’on ne peut pas dire que ces conversations corroborent la fiabilité substantielle d’une déclaration relatée, je ne sais vraiment pas ce qui pourrait le faire. Même sur le fondement du critère restrictif de ma collègue, ces conversations constituent clairement une preuve corroborante. La seule explication plausible des aveux de M. Bradshaw — et certainement la « seule explication probable » — était qu’il avait participé aux deux meurtres. Il s’ensuit, à mon avis, que le juge du procès n’a pas commis d’erreur en considérant que les aveux de M. Bradshaw corroboraient fortement la véracité de la reconstitution faite par M. Thielen.

(b) *The Circumstantial Evidence Implicating Mr. Bradshaw in the Murders*

[154] The Crown also led circumstantial evidence implicating Mr. Bradshaw in the murders.

[155] Indeed, there are telephone records that connect Mr. Bradshaw to both murders on the nights in question. These records establish a number of calls between Mr. Bradshaw and Ms. Lamoureux on the night she was murdered. Several of these calls took place immediately prior to the murder. This corroborates Mr. Thielen’s account of Mr. Bradshaw luring her into a set-up under the ruse of a drug transaction before Mr. Thielen shot her.

[156] Similarly, on the night Mr. Bontkes was killed, telephone records show a number of calls between Mr. Bradshaw and Mr. Thielen, Mr. Thielen and Ms. Motola, and Ms. Motola and Mr. Bontkes — which was the last call registered on Mr. Bontkes’s cell phone. This is consistent with Mr. Thielen’s account that all three of them participated in the killing.

(c) *The Forensic Evidence From the Crime Scenes Investigation*

[157] In my view, forensic evidence from the crime scenes investigation, which corroborates the details of Mr. Thielen’s description of the murders, provides additional support for the trustworthiness of the re-enactment. The trial judge noted that this forensic evidence included: “. . . where and how the shootings occurred, the number of shots fired, the fact the same gun was used, the positioning of the bodies of Ms. Lamoureux and Mr. Bontkes, the presence and position of the van at High Knoll Park . . .” (ruling on *voir dire* No. 1, at para 45).

[158] This evidence responds to the memory and perception concerns raised by defence counsel. It

b) *Les éléments de preuve circonstancielle impliquant M. Bradshaw dans les meurtres*

[154] Le ministère public a également produit des éléments de preuve circonstancielle impliquant M. Bradshaw dans les meurtres.

[155] En effet, il existe des relevés téléphoniques qui relient M. Bradshaw aux deux meurtres durant les nuits en question. Ces relevés démontrent que M. Bradshaw et M<sup>me</sup> Lamoureux se sont téléphoné plusieurs fois la nuit où elle a été assassinée. Plusieurs de ces appels ont eu lieu immédiatement avant le meurtre. Cela corrobore le récit de M. Thielen selon lequel M. Bradshaw aurait tendu un piège à M<sup>me</sup> Lamoureux au moyen d’une transaction de drogues avant que M. Thielen ne l’abatte.

[156] De même, la nuit où M. Bontkes a été assassiné, les relevés téléphoniques montrent plusieurs appels entre MM. Bradshaw et Thielen, entre M. Thielen et M<sup>me</sup> Motola et entre M<sup>me</sup> Motola et M. Bontkes — qui a été le dernier appel enregistré sur le téléphone cellulaire de M. Bontkes. Ces appels concordent avec le récit de M. Thielen selon lequel tous les trois ont participé au meurtre.

c) *Les éléments de preuve médico-légaux recueillis lors de l’enquête sur les lieux des crimes*

[157] À mon sens, les éléments de preuve médico-légaux recueillis lors de l’enquête sur les lieux des crimes, qui corroborent les détails de la description des meurtres faite par M. Thielen, appuient eux aussi le caractère digne de foi de la reconstitution. Le juge du procès a signalé que les éléments de preuve médico-légaux comprenaient : [TRADUCTION] « . . . l’endroit où la fusillade a eu lieu et la façon dont elle s’est déroulée, le nombre de coups de feu tirés, le fait que la même arme à feu a été utilisée, la position des corps de M<sup>me</sup> Lamoureux et de M. Bontkes, la présence de la fourgonnette au parc High Knoll et l’endroit où elle était située . . . » (décision relative au voir-dire n° 1, par. 45).

[158] Ces éléments de preuve répondent aux préoccupations soulevées par l’avocat de la défense



alleviated the risk that Mr. Thielen's drug abuse and/or the passage of time made his account inaccurate.

[159] In my view, this evidence also addressed Mr. Thielen's overall sincerity. Assessing a declarant's sincerity in a hearsay statement, like assessing the credibility of a witness, is not a mathematical exercise. Where extrinsic evidence corroborates or contradicts the contents of a statement, this affects the statement's overall reliability. If the details of Mr. Thielen's account were belied by the forensic evidence, this would cast further doubt on his sincerity. On the other hand, the corroboration of the details of his account by forensic evidence enhances the substantive reliability of the re-enactment.

[160] I acknowledge that in view of Mr. Thielen's status as an accomplice, the forensic evidence is not as compelling in this case as the corroborative evidence which directly implicated Mr. Bradshaw in the murders: see *Youvarajah*, at para. 62; *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146, at para. 15. However, I agree with counsel for the intervener British Columbia Civil Liberties Association that this forensic evidence is relevant and should not be taken off the table.

## (2) The Circumstances of the Re-enactment

[161] Beyond the powerful corroborative evidence, there are also other features of the re-enactment that enhance its substantive reliability. The statement was voluntary and detailed, and it was provided after Mr. Thielen received legal advice. It was also delivered in a free-flowing narrative, without any leading questions from the police (ruling on *voir dire* No. 1, at paras. 40-41). Although not under oath, it was made to police officers while Mr. Thielen was under arrest in circumstances which, viewed objectively, would have underscored the importance of telling the truth: *B. (K.G.)*, at p. 792; *R. v. Adjei*, 2013 ONCA 512, 309 O.A.C. 328, at para. 45.

quant à la mémoire et à la perception. Ils atténuent le risque que la consommation de drogue de M. Thielen ou le passage du temps aient rendu sa version inexacte.

[159] À mon avis, ces éléments de preuve portaient également sur la sincérité de M. Thielen dans son ensemble. L'évaluation de la sincérité du déclarant dans une déclaration relatée, tout comme l'évaluation de la crédibilité d'un témoin, ne constitue pas un exercice mathématique. La preuve extrinsèque qui corrobore ou contredit le contenu d'une déclaration a une incidence sur la fiabilité globale de la déclaration. Si les détails du récit de M. Thielen étaient démentis par la preuve médico-légale, cela fournirait une raison supplémentaire de douter de sa sincérité. Par contre, la corroboration des détails de son récit par la preuve médico-légale renforce la fiabilité substantielle de la reconstitution.

[160] Je reconnais que compte tenu de la qualité de complice de M. Thielen, la preuve médico-légale n'est pas aussi convaincante en l'espèce que la preuve corroborante qui a impliqué directement M. Bradshaw dans les meurtres : voir *Youvarajah*, par. 62; *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146, par. 15. Toutefois, je suis d'accord avec l'avocat de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association pour dire que cette preuve médico-légale est pertinente et ne devrait pas être écartée.

## (2) Les circonstances de la reconstitution

[161] Hormis la preuve corroborante convaincante, d'autres caractéristiques de la reconstitution renforcent sa fiabilité substantielle. La déclaration était volontaire et détaillée, et M. Thielen a reçu des conseils juridiques avant de la faire. Elle a également été rendue dans une narration fluide, sans questions suggestives de la part des policiers (décision relative au *voir-dire* n° 1, par. 40-41). Bien que M. Thielen n'était pas assermenté, il a fait sa déclaration à des policiers alors qu'il se trouvait en état d'arrestation dans des circonstances qui, considérées objectivement, auraient souligné l'importance de dire la vérité : *B. (K.G.)*, p. 792; *R. c. Adjei*, 2013 ONCA 512, 309 O.A.C. 328, par. 45.

[162] In addition, Mr. Thielen’s motives for participating in the re-enactment with police were important to consider because of the concerns regarding his sincerity. As recognized by this Court in *Blackman*, at para. 42:

There is no doubt that the presence or absence of a motive to lie is a relevant consideration in assessing whether the circumstances in which the statements came about provide sufficient comfort in their truth and accuracy to warrant admission. It is important to keep in mind, however, that motive is but one factor to consider in the determining of threshold reliability, albeit one which may be significant depending on the circumstances. The focus of the admissibility inquiry in all cases must be, not on the presence or absence of motive, but on the particular dangers arising from the hearsay nature of the evidence. [Emphasis added.]

[163] In my view, the fact that Mr. Thielen’s re-enactment went against his own interests is significant in this regard. It directly implicated him in both murders and could be used to incriminate him. It also implicated Ms. Motola, whom he considered to be a “sister”. Moreover, he was aware that, in re-enacting the two murders for the police, he was putting himself at risk in the prison system: “. . . what I’m asked to do here is take the biggest step of my life and bring down a whole bunch of people and you know what else, that’s gonna put me at risk for the rest of my life” (A.R., vol. XV, at p. 169). Given the unlikelihood that Mr. Thielen would willingly make a false statement prejudicial to his own interests, this provides further support that the re-enactment is trustworthy.

[164] My colleague takes a different view of Mr. Thielen’s motivations for re-enacting the murders. She asserts that Mr. Thielen’s statement was not actually made against his interests because he had previously incriminated himself to police and in the Mr. Big operation. She also takes the position that Mr. Thielen had a “significant motive to lie” to gain “the opportunity of reduced criminal liability”, citing the fact that he pled guilty to two counts of second degree murder (para. 92).

[162] De plus, il était important d’examiner les motifs qui ont poussé M. Thielen à participer à la reconstitution avec les policiers en raison des préoccupations concernant sa sincérité. Comme l’a reconnu notre Cour au par. 42 de l’arrêt *Blackman* :

Le fait que le déclarant ait ou non un motif pour mentir est sans aucun doute une considération pertinente pour déterminer si les circonstances des déclarations sont suffisamment rassurantes quant à leur véracité et leur exactitude pour que celles-ci soient admises. Il importe toutefois de ne pas perdre de vue que l’existence d’un motif n’est qu’un des facteurs à considérer dans la détermination du seuil de fiabilité, quoique, selon les circonstances, il puisse être important. Lors de l’examen de l’admissibilité, il faut dans tous les cas se concentrer non pas sur la présence ou l’absence de motif, mais sur les dangers particuliers que présente la preuve par ouï-dire. [Je souligne.]

[163] À mon sens, le fait que la reconstitution de M. Thielen allait contre ses propres intérêts est important à cet égard. Elle l’impliquait directement dans les deux meurtres et pouvait servir à l’incriminer. Elle impliquait également M<sup>me</sup> Motola, qu’il considérait comme une « sœur ». De plus, il savait que, en reconstituant les deux meurtres pour les policiers, il s’exposait à un danger dans le système carcéral : [TRADUCTION] « . . . ce qu’on me demande de faire là c’est de faire le pas le plus important de ma vie et de faire tomber plein de gens et vous savez aussi que ça va mettre ma vie en danger pour le reste de mes jours » (d.a., vol. XV, p. 169). L’improbabilité que M. Thielen fasse volontairement une fausse déclaration préjudiciable à ses propres intérêts renforce l’idée que la reconstitution est digne de foi.

[164] Ma collègue adopte un point de vue différent quant aux motifs qui ont conduit M. Thielen à reconstituer les meurtres. Elle affirme que la déclaration de M. Thielen n’était pas réellement faite contre ses intérêts puisqu’il s’était déjà incriminé dans ses déclarations à la police et dans l’opération Monsieur Big. Elle est également d’avis que M. Thielen avait « une bonne raison de mentir » pour bénéficier « d’une responsabilité criminelle moindre », citant le fait qu’il a plaidé coupable à deux accusations de meurtre au second degré (par. 92).

[165] I disagree with both of these assertions. First, the fact that Mr. Thielen had previously implicated himself in both murders to police does not change the fact that the re-enactment was made against his interests. The police clearly wanted to collect as much information as possible from Mr. Thielen and the re-enactment provided detailed and cogent evidence that could be used against him.

[166] Second, the suggestion that Mr. Thielen was seeking leniency is purely speculative. There is no evidence of any inducements or assurances made by the police prior to Mr. Thielen's re-enactment. Indeed, the police rejected Mr. Thielen's requests to see his girlfriend, receive a name change, and be incarcerated in a faraway prison. The fact that Mr. Thielen ultimately pled guilty to second degree murder does not detract from the reliability of his previously made statement. We have no information to suggest that the plea offer had anything to do with his participation in the re-enactment. Indeed, we do not know if the same plea offer was made to Mr. Bradshaw before his trial.

[167] Furthermore, the theory that Mr. Thielen fabricated Mr. Bradshaw's involvement to shift responsibility away from himself is belied by the facts. Mr. Thielen did not minimize his own role in the killings or shift the primary responsibility to Mr. Bradshaw for the murder of Ms. Lamoureux. Instead, he admitted to pulling the trigger himself. Additionally, in my view, Mr. Thielen's prior statement to Mr. Big on July 21, 2010, in which he implicated Mr. Bradshaw in the murders, rebuts any purported motive on Mr. Thielen's part to fabricate Mr. Bradshaw's involvement during the re-enactment. Mr. Thielen had no motive to lie about Mr. Bradshaw's involvement to Mr. Big. Rather, it was against Mr. Thielen's interest to implicate Mr. Bradshaw when speaking to Mr. Big. At that time, Mr. Thielen believed his role in the organization was in jeopardy because of the ongoing police investigation. This jeopardy was only enhanced by

[165] Je ne puis accepter ces deux affirmations. Premièrement, le fait que M. Thielen avait déjà avoué aux policiers sa participation aux deux meurtres ne change rien au fait que la reconstitution a été faite à l'encontre de ses intérêts. Les policiers voulaient manifestement recueillir le plus de renseignements possible de la part de M. Thielen, et la reconstitution fournissait une preuve détaillée et convaincante qui pouvait être utilisée contre lui.

[166] Deuxièmement, la supposition selon laquelle M. Thielen sollicitait la clémence est purement hypothétique. Rien n'indique que les policiers lui auraient promis des incitatifs ou des garanties avant qu'il ne fasse la reconstitution. En fait, les policiers ont rejeté les demandes de M. Thielen en vue de voir sa petite amie, de changer de nom et d'être incarcéré dans une prison éloignée. Le fait que M. Thielen ait ultimement plaidé coupable de meurtre au second degré ne diminue en rien la fiabilité de sa déclaration antérieure. Nous ne disposons d'aucun renseignement donnant à penser que l'offre d'un plaidoyer de culpabilité ait eu quoi que ce soit à voir avec sa participation à la reconstitution. En fait, nous ne savons pas si M. Bradshaw s'est vu offrir la même occasion de plaider coupable avant son procès.

[167] En outre, les faits contredisent la thèse selon laquelle M. Thielen a inventé l'implication de M. Bradshaw pour se soustraire à la responsabilité des meurtres. M. Thielen n'a pas minimisé son propre rôle dans les meurtres et n'a pas non plus transféré à M. Bradshaw la responsabilité principale pour le meurtre de M<sup>me</sup> Lamoureux. Il a plutôt admis avoir tiré sur la gâchette lui-même. De plus, à mon sens, la déclaration antérieure que M. Thielen a faite à Monsieur Big le 21 juillet 2010, dans laquelle il a impliqué M. Bradshaw dans les meurtres, réfute tout motif qui aurait pu pousser M. Thielen à inventer la participation de M. Bradshaw durant la reconstitution. M. Thielen n'avait aucune raison de mentir à Monsieur Big au sujet de la participation de M. Bradshaw. En fait, il était contre l'intérêt de M. Thielen d'impliquer M. Bradshaw lorsqu'il parlait à Monsieur Big. À ce moment-là, M. Thielen croyait qu'il risquait d'être

implicating another person in the murders, which could further complicate matters for Mr. Big. Mr. Big repeatedly emphasized that Mr. Thielen had to be honest about the murders to maintain his role in the organization, telling him:

. . . lie to everybody else, but we don't lie to each other here. And uh, and guys that get found out for lying or fuckin' uh, screwing me around are gone. . . .

. . . .

. . . if I find out at anytime as we go along that anything you tell me right now is wrong or it's bullshit or it's a lie, and again I'm not sayin' that it is . . . but I want to be up front . . . then I'm washing my hands of you.

(A.R., vol. XVIII, at pp. 66 and 88-89)

[168] The fact that Mr. Thielen told Mr. Big about Mr. Bradshaw's involvement well before he had any motive to fabricate indicates that he was telling the truth when he re-enacted the two murders for police: see *R. v. Stirling*, 2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272, at para. 5; *Couture*, at paras. 83 and 127-28; *Goodstoney*, at paras. 69-71.

[169] In sum, the substantive reliability of the re-enactment was significantly enhanced by a combination of:

- (1) Extrinsic corroborative evidence, including: surreptitiously recorded conversations of Mr. Bradshaw admitting to his involvement in the two murders; circumstantial evidence implicating Mr. Bradshaw in the murders; and forensic evidence from the crime scenes confirming the details of the murders as described by Mr. Thielen.
- (2) Circumstantial indicia of trustworthiness, including: the fact that the re-enactment was

rejeté par l'organisation en raison de l'enquête policière en cours. Impliquer une autre personne dans les meurtres ne pouvait qu'accroître ce risque, puisque cela aurait pu compliquer les choses davantage pour Monsieur Big. Monsieur Big a souligné maintes fois que M. Thielen devait être honnête au sujet des meurtres pour conserver son rôle dans l'organisation, en lui disant notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . tu peux mentir à n'importe qui d'autre, mais je veux qu'on soit francs l'un envers l'autre. Puis les gars qui se font prendre à mentir ou qui veulent me tromper ne sont plus là. . . .

. . . .

. . . si je me rends compte à un moment donné que ce que tu me dis en ce moment est faux ou que c'est des conneries ou un mensonge, puis je suis pas en train de dire que c'en est [. . .] mais je veux juste être franc [. . .] je veux plus rien savoir de toi.

(d.a., vol. XVIII, p. 66 et 88-89)

[168] Le fait que M. Thielen ait parlé à Monsieur Big de la participation de M. Bradshaw bien avant qu'il n'ait un quelconque motif d'inventer une histoire indique qu'il disait la vérité lorsqu'il a reconstitué les deux meurtres pour les policiers : voir *R. c. Stirling*, 2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272, par. 5; *Couture*, par. 83 et 127-128; *Goodstoney*, par. 69-71.

[169] En somme, la fiabilité substantielle de la reconstitution a été sensiblement renforcée par la combinaison des caractéristiques suivantes :

- (1) La preuve corroborante extrinsèque, y compris des conversations avec M. Bradshaw enregistrées furtivement, dans lesquelles il admet sa participation aux deux meurtres; la preuve circonstancielle impliquant M. Bradshaw dans les meurtres; et des éléments de preuve médico-légaux recueillis sur les lieux des crimes qui confirment la description des meurtres relatée en détail par M. Thielen.
- (2) Des indices circonstanciels de fiabilité, y compris le fait que la reconstitution a été faite

voluntary and free flowing; that it was contrary to Mr. Thielen's interest, in that he did not attempt to shift blame to Mr. Bradshaw but instead implicated himself in two counts of first degree murder; and that Mr. Thielen's alleged motivation to fabricate was rebutted by his prior consistent statement to Mr. Big.

*C. The Procedural Reliability of the Re-enactment*

[170] In this case, the jury had the benefit of several substitutes for the traditional safeguards relied on for testing evidence. As my colleague acknowledges, the fact the re-enactment was videotaped ensures an accurate record of the statement and enhances the ability of the jury to observe and evaluate it. In addition, the trial judge took a number of steps to ensure the jury was in a position where it could assess and weigh the reliability of the hearsay statement. These safeguards included the following: requiring the Crown to call officers who were present for the re-enactment and prior inconsistent statements so that defence counsel could cross-examine them on any inconsistencies and any reduced plea offers or inducements made to Mr. Thielen; the limited admission of prior inconsistent statements made by Mr. Thielen to help assess his credibility; and wide latitude for defence counsel to discuss Mr. Thielen's possible motives and challenge the ultimate reliability of the re-enactment in closing submissions.

[171] Further, the trial judge provided detailed cautions to help the jury identify and evaluate the strengths and weaknesses of the re-enactment. Before the video re-enactment was played for the jury, the trial judge provided a mid-trial instruction that told the jury the following:

That evidence is hearsay evidence, and is not usually permitted as evidence in a court of law. The reason it is

volontairement et de façon fluide; qu'elle allait à l'encontre des intérêts de M. Thielen en ce qu'il n'a pas tenté de transférer la responsabilité des meurtres à M. Bradshaw mais qu'il s'est plutôt impliqué lui-même dans deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré; et le fait que le motif qui aurait poussé M. Thielen à inventer une histoire a été réfuté par la déclaration antérieure compatible faite à Monsieur Big.

*C. La fiabilité d'ordre procédural de la reconstitution*

[170] Dans cette affaire, le jury disposait de plusieurs substituts aux garanties traditionnelles sur lesquelles on se fonde pour vérifier la preuve. Comme l'a reconnu ma collègue, le fait que la reconstitution ait été enregistrée sur bande vidéo assure une présentation exacte de la déclaration et permet au jury de mieux l'observer et l'évaluer. De plus, pour s'assurer que le jury soit en mesure d'apprécier et de pondérer la fiabilité de la déclaration relatée, le juge du procès a pris plusieurs mesures, notamment les suivantes : il a exigé du ministère public qu'il cite les agents qui étaient présents pendant la reconstitution et les déclarations antérieures incompatibles afin que l'avocat de la défense puisse les contre-interroger sur toute incohérence et sur toute réduction de peine ou tout incitatif qu'ils auraient pu offrir à M. Thielen; il a admis de façon limitée les déclarations antérieures incompatibles faites par M. Thielen pour aider à évaluer sa crédibilité; et il a accordé à l'avocat de la défense une grande latitude pour exposer les motifs possibles de M. Thielen et pour contester la fiabilité en dernière analyse de la reconstitution dans ses observations finales.

[171] En outre, le juge du procès a fourni des mises en garde détaillées pour aider le jury à identifier et à évaluer les forces et les faiblesses de la reconstitution. Avant de montrer la vidéo de la reconstitution au jury durant le procès, le juge du procès lui a donné les directives suivantes :

[TRADUCTION] Cette preuve est une preuve par ouï-dire, qui n'est habituellement pas admise en preuve dans

not permitted is because the individual who is offering the evidence is not appearing in the witness box, and testifying and subjecting himself to cross-examination, cross-examination which might reveal lies, inconsistencies, motive for making up a story and so forth. So you will need to consider the weight ultimately that you are going to attach to the evidence that you are about to hear this morning.

Now, that is particularly important because in this case, the person who is offering that evidence is subject to a special warning, and you will hear more about this from me in my final instructions to you on the law. Mr. Thielen, you have heard other witnesses testify, is not only an unsavoury character, having regard to his background in drugs and the drug culture in Langley and Surrey. He has been described as an enforcer. He is certainly of unsavoury character in that regard. You have also and will hear -- I think you have heard that he pled guilty to the second degree murder of Ms. Lamoureux and Mr. Bontkes.

You will recall when I gave you some opening instructions, I set out some things you should consider when you decide whether or not to believe a witness. Well, you should consider those things when you assess what Mr. Thielen is about to say. But in addition, I must warn you that you should be extremely cautious in accepting Mr. Thielen's testimony. I must caution you it is dangerous to rely on that testimony alone. The reasons are Mr. Thielen has admitted to participation in the commission of the offence. As I've said, he has an unsavoury reputation. He's admitted and pled guilty to a criminal conviction. Mr. Thielen may well have some motive other than the pursuit of truth. All of these things you will need to consider. [Emphasis added.]

(A.R., vol. VIII, at pp. 2-3)

[172] In the jury charge at the close of trial, the trial judge thoroughly and repeatedly cautioned the jurors about Mr. Thielen's re-enactment and instructed them on how to evaluate it. This included the following key excerpts:

As I explained during in the trial, this evidence [Thielen's re-enactment] was placed before you without the usual testing of evidence by cross-examination, and that you

une cour de justice. Elle n'est pas admise parce que la personne qui produit la preuve ne comparait pas à la barre des témoins, ne témoigne pas et n'est pas soumise à un contre-interrogatoire, un contre-interrogatoire qui pourrait révéler des mensonges, des incohérences, un motif pour inventer une histoire, et ainsi de suite. Vous devrez donc juger du poids que vous allez accorder ultimement à la preuve que vous allez entendre ce matin.

Maintenant, cela est particulièrement important parce que dans le cas qui nous occupe, la personne qui offre ce témoignage fait l'objet d'un avertissement spécial, et je vais vous en parler davantage dans mes directives finales sur le droit. Vous avez entendu d'autres personnes témoigner que M. Thielen n'est pas seulement une personne à l'honnêteté douteuse, compte tenu de ses antécédents de drogues et de la culture de la drogue qui prévaut à Langley et à Surrey. Il a été décrit comme un homme de main. Il est certainement une personne à l'honnêteté douteuse à cet égard. Vous avez également entendu et vous entendrez -- je crois que vous avez entendu qu'il a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au second degré de M<sup>me</sup> Lamoureux et de M. Bontkes.

Vous vous souviendrez que, lorsque je vous ai donné quelques directives d'ouverture, j'ai énoncé quelques éléments dont vous devriez tenir compte lorsque vous décidez de croire ou non un témoin. En fait, vous devriez tenir compte de ces éléments lorsque vous évalueriez ce que M. Thielen va dire. Mais, de plus, je dois vous dire que vous devrez être extrêmement vigilants avant de prêter foi au témoignage de M. Thielen. Je dois vous avertir qu'il est dangereux de vous fonder sur ce seul témoignage. Il en est ainsi parce que M. Thielen a admis avoir participé à la perpétration de l'infraction. Je le répète, il a une réputation douteuse. Il a avoué un crime pour lequel il a plaidé coupable. Il se peut bien que M. Thielen avait quelque motif autre que la recherche de la vérité. Vous devrez tenir compte de tous ces éléments. [Je souligne.]

(d.a., vol. VIII, p. 2-3)

[172] Dans l'exposé au jury à la fin du procès, le juge du procès a maintes fois expliqué en profondeur aux jurés qu'ils devaient faire preuve de prudence en examinant la reconstitution de M. Thielen. Il leur a également fourni, sur la façon de l'évaluer, des directives reproduites dans les extraits clés suivants :

[TRADUCTION] Comme je l'ai expliqué durant le procès, cette preuve [la reconstitution faite par M. Thielen] vous a été présentée sans que vous puissiez bénéficier du

must therefore be very cautious in determining the reliability of the evidence.

In this case Mr. McMurray was not able to cross-examine Mr. Thielen on the things he said or did in the enactment. He was unable to test Mr. Thielen's memory, credibility, motive of or for the things said and done during the re-enactment. You did not have the opportunity to observe the demeanour of Mr. Thielen in the witness box as he gave his evidence.

Furthermore, the statements Mr. Thielen gave to [Cst. D.] were not given under oath. As a result of all that you should not place the statement of Mr. Thielen on the same footing as the statement of a witness who testifies under oath in the courtroom. You should treat Mr. Thielen's out-of-court statement with special care and, after considering it with all the evidence in this case, give it the weight you think it deserves.

... In addition, however, I must warn you that you should be extremely cautious in accepting some or any of his testimony. It is dangerous for you to rely on his evidence alone. There are a number of grounds upon which you may question whether his evidence is reliable: Thielen admitted he participated in the commission of the two offences with which Mr. Bradshaw is charged. He plead guilty to second degree murder of Ms. Lamoureux and Mr. Bontkes.

Thielen admitted to an extensive history of criminal conduct, including the attempted murder of Sigurdson. He has an unsavoury reputation. He has given prior inconsistent statements, that is, in his statement particularly to [Cpl. G.] on March the 18th, when he said he had not seen Lamoureux for two months; and to [Cst. B.] on the drive from Edmonton to Calgary. Mr. Thielen might have some motive other than the pursuit of truth in giving his testimony.

The last and most important ground is that of course Mr. Thielen's evidence was not tested by cross-examination. A person who participated in the

contre-interrogatoire, soit la façon habituelle de vérifier un témoignage, et vous devez donc être très prudents au moment de déterminer la fiabilité de cette preuve.

En l'espèce, M. McMurray n'a pas été en mesure de contre-interroger M. Thielen sur ce qu'il a dit ou fait dans la reconstitution. Il n'a pas été en mesure de vérifier la mémoire de M. Thielen, sa crédibilité et les motifs qui l'ont poussé à dire et à faire telles ou telles choses durant la reconstitution. Vous n'avez pas eu l'occasion d'observer le comportement de M. Thielen à la barre des témoins lorsqu'il a rendu ce témoignage.

De plus, les déclarations que M. Thielen a faites à [l'agent D.] n'ont pas été faites sous serment. Par conséquent, vous ne devriez pas mettre la déclaration de M. Thielen sur le même pied d'égalité que la déclaration d'un témoin qui témoigne sous serment dans la salle d'audience. Vous devriez traiter la déclaration extrajudiciaire de M. Thielen avec un soin particulier et, après en avoir tenu compte avec l'ensemble de la preuve en l'espèce, lui accorder le poids qu'elle mérite, selon vous.

... De plus, je dois toutefois vous avertir que vous devriez être extrêmement prudents avant de prêter foi à son témoignage ou à une partie de celui-ci. Il est dangereux pour vous de vous fonder sur son seul témoignage. Il existe plusieurs raisons pour lesquelles vous pouvez douter de la fiabilité de son témoignage : M. Thielen a admis avoir participé à la perpétration des deux infractions pour lesquelles M. Bradshaw est accusé. Il s'est reconnu coupable des meurtres au second degré de M<sup>me</sup> Lamoureux et de M. Bontkes.

M. Thielen a admis avoir de nombreux antécédents criminels, y compris la tentative de meurtre de M. Sigurdson. Il a une réputation douteuse. Il a fait des déclarations antérieures incompatibles, soit particulièrement dans sa déclaration [au caporal G.] le 18 mars, lorsqu'il a affirmé qu'il n'avait pas vu M<sup>me</sup> Lamoureux depuis deux mois, puis à [l'agent B.] lorsqu'ils sont allés d'Edmonton à Calgary. M. Thielen pourrait avoir donné son témoignage pour quelque motif autre que la recherche de la vérité.

Le dernier motif, et le plus important, est que, bien entendu, le témoignage de M. Thielen n'a pas été vérifié en contre-interrogatoire. Une personne ayant participé à

commission of an offence would be in a particularly good position to concoct a story that falsely implicates the accused. All that person would need to do is tell a truthful story that could be confirmed easily, and falsely add to it an allegation the accused was also a participant.

... In this case Thielen made statements to the police that tend to show Mr. Bradshaw was involved in committing the offences you are trying. You should consider those statements with particular care because Thielen may have been more concerned about protecting himself than about telling the truth. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at pp. 73, 82-83, 85-86 and 96)

[173] In my view, the opportunity to observe Mr. Thielen in the re-enactment video and the numerous procedural safeguards adopted by the trial judge, including these instructions, placed the jury in a position to identify and critically evaluate each of the frailties of the re-enactment that my colleague identifies. To assume that the jury was incapable of following these instructions and appreciating the frailties of this evidence betrays the time-honoured trust and confidence our justice system places in juries. In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, this Court emphasized the need to “trust the good sense of the jury” in determining what evidence it may hear (p. 691). This point was put succinctly by Donald J.A. in *R. v. Carroll*, 1999 BCCA 65, 118 B.C.A.C. 219, at para. 41:

Juries are often required to find facts from a melange of evidence. It is not uncommon for cross-examination to use prior statements of several kinds: police statements, testimony given in a previous trial, an inquest or a preliminary inquiry. We have to trust juries to use their common sense in sifting the evidence and to follow the guidance offered by the trial judge. [Emphasis added.]

[174] I share the sentiment expressed by L’Heureux-Dubé J. in dissent in *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, at para. 145, that

la perpétration d’une infraction serait particulièrement bien placée pour inventer une histoire qui implique fausement l’accusé. Tout ce que cette personne aurait besoin de faire est de raconter une histoire vraie qui pourrait être confirmée facilement, et y ajouter une fausse allégation selon laquelle l’accusé était aussi un participant.

... Dans cette affaire, M. Thielen a fait à la police des déclarations qui tendent à démontrer que M. Bradshaw a été impliqué dans la perpétration des infractions que vous jugez. Vous devriez traiter ces déclarations avec une prudence particulière, car M. Thielen cherchait peut-être bien plus à se protéger qu’à dire la vérité. [Je souligne.]

(d.a., vol. I, p. 73, 82-83, 85-86 et 96)

[173] À mon avis, la possibilité d’observer M. Thielen dans la vidéo de la reconstitution et les nombreuses garanties procédurales adoptées par le juge du procès, y compris ces directives, ont permis au jury de repérer et d’évaluer d’un œil critique chacune des faiblesses de la reconstitution que signale ma collègue. Supposer que le jury était incapable de suivre ces directives et d’apprécier les faiblesses de cette preuve trahit la confiance que notre système de justice accorde depuis longtemps aux jurés. Dans l’arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, la Cour a souligné l’importance de « s’en remettre au bon sens des jurés » pour déterminer les éléments de preuve dont ils peuvent tenir compte (p. 691). Ce point a été énoncé succinctement par le juge Donald dans l’arrêt *R. c. Carroll*, 1999 BCCA 65, 118 B.C.A.C. 219, par. 41 :

[TRADUCTION] Les jurés sont souvent appelés à conclure à l’existence de faits à partir d’un mélange d’éléments de preuve. Dans le cadre d’un contre-interrogatoire, il n’est pas rare de recourir à des déclarations antérieures de toutes sortes : des déclarations à la police, un témoignage donné dans un procès antérieur, lors d’une enquête du coroner ou d’une enquête préliminaire. Nous devons avoir confiance en la capacité des jurés d’exercer leur bon sens lorsqu’ils examinent la preuve et de suivre les directives que leur donne le juge du procès. [Je souligne.]

[174] Je partage le sentiment exprimé par la juge L’Heureux-Dubé, dissidente dans l’arrêt *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, par. 145,



courts should trust juries to make proper use of admissible evidence or risk “demean[ing] the jury by suggesting that they are incapable of properly dealing with [the] evidence. Our faith in the jury system is a hollow one if such an attitude is allowed to prevail.”

#### D. *Final Balancing*

[175] In this case, I am satisfied and agree with the trial judge that the re-enactment met the test for threshold reliability on the basis of strong features of substantive reliability, supplemented by sufficient features of procedural reliability. The trial judge was uniquely positioned to make this determination. And, contrary to my colleague’s assertions, his analysis discloses no legal error. As a result, his ruling is entitled to deference.

[176] In *Youvarajah*, Karakatsanis J. explained the rationale for this deference (at para. 31):

The admissibility of hearsay evidence, such as the prior inconsistent statement in this case, is a question of law. Of course, the factual findings that go into that determination are entitled to deference and are not challenged in this case. As well, a trial judge is well placed to assess the hearsay dangers in a particular case and the effectiveness of any safeguards to assist in overcoming them. Thus, absent an error in principle, the trial judge’s determination of threshold reliability is entitled to deference: [*Couture*], at para. 81. [Emphasis added.]

[177] In *Blackman*, Charron J. made a similar observation (at para. 36):

The trial judge is well placed to determine the extent to which the hearsay dangers of a particular case are of concern and whether they can be sufficiently alleviated. Accordingly, the trial judge’s ruling on admissibility, if informed by correct principles of law, is entitled to deference.

selon lequel les tribunaux devraient avoir confiance en la capacité des jurés de faire bon usage de la preuve admissible, car le contraire risque de « dévaloris[er] le jury, car on insinue que celui-ci est incapable de se servir à bon escient [de la preuve]. La confiance dont nous témoignons à l’égard du système du jury s’avère illusoire si on permet qu’une telle attitude triomphe. »

#### D. *Mise en balance finale*

[175] Dans le cas qui nous occupe, je suis convaincu, comme le juge du procès, que la reconstitution satisfaisait au critère du seuil de fiabilité sur le fondement de caractéristiques solides de fiabilité substantielle, que complétaient des caractéristiques suffisantes de fiabilité d’ordre procédural. Le juge du procès était particulièrement bien placé pour rendre cette décision. Et, contrairement à ce qu’affirme ma collègue, son analyse ne révèle aucune erreur de droit. En conséquence, sa décision commande la déférence.

[176] Dans l’arrêt *Youvarajah*, la juge Karakatsanis a expliqué le fondement de cette déférence (par. 31) :

L’admissibilité d’une preuve par ouï-dire, en l’occurrence la déclaration antérieure incompatible, est une question de droit. Évidemment, les conclusions de fait ayant mené à la décision commandent la déférence et ne sont pas remises en question en l’espèce. De même, le juge du procès est bien placé pour apprécier les dangers associés au ouï-dire dans une affaire donnée et l’efficacité des garanties permettant de les écarter. Par conséquent, en l’absence d’une erreur de principe de la part du juge du procès, il faut faire preuve de retenue à l’égard de sa conclusion quant au seuil de fiabilité : [*Couture*], par. 81. [Je souligne.]

[177] Dans l’arrêt *Blackman*, la juge Charron a fait une observation similaire (par. 36) :

Le juge du procès est bien placé pour déterminer dans quelle mesure les dangers du ouï-dire sont préoccupants dans une affaire donnée et s’ils peuvent être suffisamment atténués. Par conséquent, il faut faire preuve de déférence à l’égard du juge de première instance si sa décision sur l’admissibilité se fonde sur les principes juridiques pertinents.

[178] Ultimately, the trial judge made a difficult call in a close case. It must be emphasized that he was in the best position to make that call based on his assessment of the trustworthiness of the evidence and the jury's ability to evaluate it. Contrary to my colleague's assertions, the trial judge's reasons for admitting the re-enactment were free from error and, as I have endeavoured to demonstrate, were well supported by the record. Indeed, he followed the functional approach that has been repeatedly endorsed by this Court.

[179] I agree with the comments of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. S. (S.)*, 2008 ONCA 140, 232 C.C.C. (3d) 158, at paras. 29-30:

Trial judges cannot consult rules akin to mathematical formulas to tell them how much weight to give to each of the factors. The assessment is case-specific. Different judges will reasonably assign more or less weight to each of the particular factors in any given case.

As long as the trial judge addressed the factors germane to the reliability of the hearsay statement, did not fall into any material misapprehension of the evidence relevant to those factors, and made a reasonable assessment of the weight to be assigned to those factors, this court should not redo the weighing process, but should defer to the trial judge's weighing of those factors. [Emphasis added.]

[180] Respectfully, in my view, it is not the role of this Court to second guess the trial judge's reasonably exercised judgment from a position far removed from the trial setting. Doing so betrays both the deference owed to trial judges and the trust and confidence placed in juries to follow instructions and use their common sense and reason to evaluate evidence. As a result, I would uphold the trial judge's ruling that the re-enactment was admissible.

#### IV. Application to the May 15, 2010 Statement

[181] Since I have concluded that the re-enactment was admissible, I must address Mr.

[178] Finalement, le juge du procès a pris une décision difficile dans une affaire difficile à trancher. Il faut souligner qu'il était le mieux placé pour prendre cette décision en se fondant sur son évaluation du caractère digne de foi de la preuve et sur la capacité du jury de l'évaluer. Contrairement à ce qu'affirme ma collègue, les motifs sur lesquels s'est fondé le juge du procès pour admettre la reconstitution étaient exempts d'erreur et, comme je me suis efforcé de le démontrer, ils étaient bien étayés par le dossier. En effet, il a appliqué l'approche fonctionnelle maintes fois entérinée par la Cour.

[179] Je souscris aux commentaires de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. S. (S.)*, 2008 ONCA 140, 232 C.C.C. (3d) 158, par. 29-30 :

[TRADUCTION] Le juge du procès ne peut consulter des règles semblables à des formules mathématiques pour savoir quel poids il devrait accorder à chacun des facteurs. L'évaluation est fonction de l'affaire. Chaque juge va raisonnablement accorder plus ou moins de poids à chacun des facteurs précis dans une affaire donnée.

Dans la mesure où le juge du procès a examiné les facteurs se rapportant à la fiabilité de la déclaration relatée, ne s'est pas fondé sur une mauvaise interprétation de la preuve se rapportant à ces facteurs et a fait une appréciation raisonnable du poids à accorder à ces facteurs, notre Cour ne devrait pas refaire le processus de mise en balance, mais devrait plutôt s'en remettre à l'appréciation de ces facteurs déjà effectuée par le juge du procès. [Je souligne.]

[180] Soit dit en tout respect, j'estime que, n'ayant pas bénéficié du contexte du procès, la Cour n'a pas à reconsidérer le jugement exercé raisonnablement par le juge du procès. Ce faisant, la Cour trahirait tant la déférence à l'égard du juge du procès que la confiance que l'on accorde en la capacité des jurés de suivre les directives et de faire preuve de bon sens et de jugement lorsqu'ils évaluent la preuve. Par conséquent, je suis d'avis de confirmer la décision du juge du procès d'admettre la reconstitution.

#### IV. Application à la déclaration du 15 mai 2010

[181] Comme j'ai conclu que la reconstitution était admissible, je dois maintenant examiner

Bradshaw's alternative argument that the trial judge erred in refusing to admit a prior statement by Mr. Thielen given on May 15, 2010, for the truth of its contents.

[182] That statement occurred during a road trip from Edmonton to Calgary that Mr. Thielen took with an undercover officer as part of the Mr. Big operation. Their conversation in the car was audio-recorded. During the trip, Mr. Thielen told the undercover officer that he killed Ms. Lamoureux by himself and killed Mr. Bontkes with the assistance of Ms. Motola. He made no mention of any involvement by Mr. Bradshaw.

[183] The May 15, 2010 statement shares the same hearsay dangers as the re-enactment. However, as I will explain, this statement has a number of distinguishing features that add to its frailties and support the trial judge's decision to refuse to admit it for the truth of its contents.

[184] First, it is significant that the statement was not video-recorded. This prevents the jury from observing Mr. Thielen's demeanour and reduces its ability to assess his credibility.

[185] Second, Mr. Thielen's motives were entirely different in this context. He had a strong incentive to exaggerate his individual involvement and responsibility for the murders in order to impress his perceived peer in the criminal underworld: *Hart*, at paras. 68-69. Moreover, the statement cannot be characterized as being against his interests because Mr. Thielen admitted his involvement to an associate, not to the police. Unlike the re-enactment, these circumstances of the May 15, 2010 statement cast doubt over Mr. Thielen's sincerity.

[186] Third, this May 15, 2010 statement was strongly contradicted by extrinsic evidence which suggests that it was untruthful. For example, Mr. Thielen stated that after he shot Mr. Bontkes in

l'argument subsidiaire de M. Bradshaw selon lequel le juge du procès a commis une erreur en refusant d'admettre pour établir la véracité de son contenu une déclaration antérieure que M. Thielen a faite le 15 mai 2010.

[182] Cette déclaration, survenue durant un voyage en voiture d'Edmonton à Calgary, a été faite par M. Thielen à un agent banalisé dans le cadre de l'opération Monsieur Big. Leur conversation dans la voiture était enregistrée sur bande audio. Durant le voyage, M. Thielen a dit à l'agent banalisé qu'il avait tué M<sup>me</sup> Lamoureux seul et qu'il avait tué M. Bontkes avec l'aide de M<sup>me</sup> Motola. Il n'a jamais parlé d'une quelconque participation de M. Bradshaw.

[183] La déclaration du 15 mai 2010 comporte les mêmes dangers associés au oui-dire que la reconstitution. Toutefois, comme je l'expliquerai, cette déclaration présente certaines caractéristiques distinctives qui accentuent ses faiblesses et qui appuient la décision du juge du procès de refuser de l'admettre pour établir la véracité de son contenu.

[184] Premièrement, il importe de souligner que cette déclaration n'a pas été enregistrée sur bande vidéo. Ainsi, le jury ne peut observer le comportement de M. Thielen et est moins en mesure d'évaluer sa crédibilité.

[185] Deuxièmement, les motifs de M. Thielen étaient totalement différents dans ce contexte. Il était fortement incité à exagérer son implication personnelle dans les meurtres et sa responsabilité afin d'impressionner son partenaire fictif dans le monde interlope : *Hart*, par. 68-69. De plus, la déclaration ne peut être considérée comme allant à l'encontre de ses intérêts parce que M. Thielen a admis sa participation à un associé, et non à la police. Contrairement à la reconstitution, ces circonstances de la déclaration du 15 mai 2010 jettent un doute sur la sincérité de M. Thielen.

[186] Troisièmement, cette déclaration du 15 mai 2010 a été fortement démentie par des éléments de preuve extrinsèques qui donnent à penser qu'elle n'était pas digne de foi. Par exemple, M. Thielen

the head and body, Ms. Motola shot him again in the groin area. This version of events was directly contradicted by forensic evidence which showed Mr. Bontkes was not shot in his groin area. Mr. Thielen's omission of any mention of Mr. Bradshaw is also directly contradicted by Mr. Bradshaw's own admissions of involvement in his recorded conversations with Mr. Thielen described above.

[187] The trial judge considered the relevant factors and applied the correct test in finding this statement to be inadmissible for its truth. As indicated, his ruling is entitled to deference. Accordingly, I would not interfere. I say this mindful of the fact that the trial judge may relax the rules of evidence for hearsay tendered by the accused in order to prevent a miscarriage of justice: *R. v. Post*, 2007 BCCA 123, 217 C.C.C. (3d) 225, at paras. 89-90; *R. v. Tash*, 2013 ONCA 380, 306 O.A.C. 173, at para. 89; *R. v. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18 (C.A.), at para. 80. Accepting this principle, I note that this statement was put before the jury as a prior inconsistent statement for the purpose of evaluating Mr. Thielen's credibility in the re-enactment. Indeed, defence counsel made reference to it in his closing address and submitted to the jury that it was true. As a result, even if the trial judge did err in refusing to admit it for the truth of its contents, I do not think it caused significant prejudice or resulted in a miscarriage of justice that would warrant appellate intervention.

## V. Conclusion

[188] For these reasons, I conclude the trial judge did not err in admitting Mr. Thielen's re-enactment and refusing to admit his May 15, 2010 statement for the truth of its contents. In my respectful view, there is no reason to send this case back for a second trial. Mr. Bradshaw had a fair trial before a properly instructed jury that was well positioned to critically evaluate the reliability of the re-enactment. Accordingly, I would allow the appeal and restore

a affirmé qu'après avoir tiré sur M. Bontkes à la tête et au corps, M<sup>me</sup> Motola l'a tiré une autre fois dans l'aîne. Cette version des faits a été directement contredite par des éléments de preuve médico-légaux démontrant que M. Bontkes n'avait pas reçu de coup de feu dans l'aîne. Le fait que M. Thielen n'ait pas parlé de M. Bradshaw est aussi directement contredit par les propres aveux de M. Bradshaw relativement à son implication dans les conversations enregistrées qu'il a eues avec M. Thielen, mentionnées précédemment.

[187] Le juge du procès a tenu compte des facteurs pertinents et a appliqué le bon critère pour conclure que cette déclaration était inadmissible pour établir la véracité de son contenu. Comme je l'ai indiqué, sa décision commande la déférence. En conséquence, je ne la modifierais pas. Je le dis tout en sachant que le juge du procès peut assouplir les règles de preuve relativement au oui-dire présenté par l'accusé afin d'éviter une erreur judiciaire : *R. c. Post*, 2007 BCCA 123, 217 C.C.C. (3d) 225, par. 89-90; *R. c. Tash*, 2013 ONCA 380, 306 O.A.C. 173, par. 89; *R. c. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18 (C.A.), par. 80. En acceptant ce principe, je note que cette déclaration a été présentée au jury à titre de déclaration antérieure incompatible afin d'évaluer la crédibilité de M. Thielen dans la reconstitution. En fait, l'avocat de la défense a mentionné cette déclaration dans son exposé final et a indiqué au jury qu'elle était vraie. Par conséquent, même si le juge du procès a effectivement commis une erreur en refusant de l'admettre pour établir la véracité de son contenu, je ne crois pas que cette erreur a causé un préjudice important ou a donné lieu à une erreur judiciaire qui justifierait une intervention en appel.

## V. Conclusion

[188] Pour ces motifs, je conclus que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant la reconstitution faite par M. Thielen et en refusant d'admettre la déclaration du 15 mai 2010 pour établir la véracité de son contenu. J'estime en tout respect qu'il n'existe aucune raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en l'espèce. M. Bradshaw a eu droit à un procès équitable devant un jury qui avait reçu des directives appropriées et qui était bien

Mr. Bradshaw's two convictions for first degree murder.

*Appeal dismissed, MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Fowler and Smith Law, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Louis P. Strezos & Associate, Toronto; Henein Hutchison, Toronto.*

placé pour apprécier d'un œil critique la fiabilité de la reconstitution. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les deux déclarations de culpabilité de M. Bradshaw pour meurtre au premier degré.

*Pourvoi rejeté, les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Fowler and Smith Law, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Louis P. Strezos & Associate, Toronto; Henein Hutchison, Toronto.*

**AstraZeneca Canada Inc.,  
AstraZeneca Aktiebolag and  
AstraZeneca UK Limited** *Appellants*

v.

**Apotex Inc. and  
Apotex Pharmachem Inc.** *Respondents*

and

**Innovative Medicines Canada,  
BIOTECCanada, Centre for Intellectual  
Property Policy, Canadian Generic  
Pharmaceutical Association,  
Fédération internationale des conseils  
en propriété intellectuelle,  
Intellectual Property Owners Association and  
Intellectual Property Institute  
of Canada** *Intervenors*

**INDEXED AS: ASTRAZENECA CANADA INC. v.  
APOTEX INC.**

**2017 SCC 36**

File No.: 36654.

2016: November 8; 2017: June 30.

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

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

*Intellectual property — Patents — Medicines — Validity — Pharmaceutical patent invalidated for want of utility on basis of promise of patent doctrine — Whether doctrine is correct approach to determine whether invention has sufficient utility under s. 2 of Patent Act — Whether drug for which pharmaceutical patent was granted is “useful” within meaning of s. 2 of Patent Act at filing date — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 2 “invention”.*

**AstraZeneca Canada Inc.,  
AstraZeneca Aktiebolag et  
AstraZeneca UK Limited** *Appelantes*

c.

**Apotex Inc. et  
Apotex Pharmachem Inc.** *Intimées*

et

**Médicaments novateurs Canada,  
BIOTECCanada, Centre des politiques  
en propriété intellectuelle,  
Association canadienne du  
médicament générique,  
Fédération internationale des  
conseils en propriété intellectuelle,  
Intellectual Property Owners Association et  
Institut de la propriété intellectuelle  
du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ASTRAZENECA CANADA INC. c.  
APOTEX INC.**

**2017 CSC 36**

N° du greffe : 36654.

2016 : 8 novembre; 2017 : 30 juin.

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

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

*Propriété intellectuelle — Brevets — Médicaments — Validité — Brevet pharmaceutique invalidé pour absence d'utilité sur le fondement de la doctrine de la promesse du brevet — La doctrine est-elle l'approche qu'il convient d'appliquer pour déterminer, comme l'exige l'art. 2 de la Loi sur les brevets, si une invention est suffisamment utile? — Le médicament pour lequel le brevet a été accordé était-il « utile » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 2 de la Loi sur les brevets à la date de dépôt? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, c. P-4, art. 2 « invention ».*

AstraZeneca applied for the 2,139,653 patent (“‘653 patent”) which claimed the optically pure salts of esomeprazole, a proton pump inhibitor used in the reduction of gastric acid and in the treatment of reflux esophagitis and related maladies. Apotex applied to the federal Minister of Health for a Notice of Compliance, allowing it to sell its generic version of the drug. AstraZeneca’s application to prohibit the Minister from issuing a Notice of Compliance to Apotex was dismissed, allowing Apotex to bring its generic drug to the market. AstraZeneca brought an action against Apotex for patent infringement, and Apotex counter-claimed to have the ‘653 patent impeached. The Federal Court held that the ‘653 patent was invalid for lack of utility because, applying the promise of the patent doctrine (“Promise Doctrine”), it promised more than it could provide. The Federal Court of Appeal upheld this decision. AstraZeneca appeals, arguing its patent was improperly invalidated on the basis of the Promise Doctrine.

*Held:* The appeal should be allowed.

The Promise Doctrine is not the correct method of determining whether the utility requirement under s. 2 of the *Patent Act* is met. This doctrine holds that if a patentee’s patent application promises a specific utility, only if that promise is fulfilled, can the invention have the requisite utility, but where no specific utility is promised, a mere scintilla of utility will suffice. Generally, an analysis regarding issues of validity will focus on the claims alone, and only consider the disclosure where there is ambiguity in the claims. This is in accordance with the Court’s direction that claims construction precedes all considerations of validity. The Promise Doctrine, by contrast, directs courts to make determinations regarding utility by reading both the claims and the disclosure to identify potential promises, even in an absence of ambiguity in the claims. The Promise Doctrine then provides that if any one of the promises is not fulfilled, the utility requirement in s. 2 is not met and the patent, in its entirety, is invalid.

The Promise Doctrine is incongruent with both the words and the scheme of the *Patent Act*. First, it conflates ss. 2 and 27(3), by requiring that to satisfy the utility requirement in s. 2, any use disclosed in accordance with s. 27(3) must be demonstrated or soundly predicted at the

AstraZeneca a demandé le brevet 2 139 653 (« brevet 653 »), qui visait les sels optiquement purs d’ésoméprazole, un inhibiteur de la pompe à protons utilisé pour diminuer la sécrétion d’acide gastrique et pour traiter l’œsophagite par reflux ainsi que d’autres états pathologiques apparentés. Apotex a demandé au ministre de la Santé fédéral un avis de conformité l’autorisant à vendre une version générique du médicament. La demande présentée par AstraZeneca pour qu’il soit interdit au ministre de délivrer un tel avis à Apotex a été rejetée, ce qui a permis à cette dernière de vendre sa version générique du médicament. AstraZeneca a intenté une action contre Apotex pour contrefaçon de brevet, et celle-ci a présenté une demande reconventionnelle pour que le brevet 653 soit déclaré invalide. La Cour fédérale a conclu que le brevet 653 était invalide pour absence d’utilité parce que, en application de la doctrine de la promesse du brevet (« doctrine de la promesse »), il promettait plus qu’il ne pouvait offrir. La Cour d’appel fédérale a confirmé cette décision. AstraZeneca se pourvoit devant la Cour en faisant valoir que son brevet a été invalidé à tort en application de la doctrine de la promesse.

*Arrêt :* L’appel est accueilli.

La doctrine de la promesse n’est pas la méthode appropriée pour établir si le brevet satisfait à la condition d’utilité prévue à l’art. 2 de la *Loi sur les brevets*. Selon cette doctrine, si une demande de brevet promet une utilité précise, c’est seulement si cette promesse est tenue que l’invention peut avoir l’utilité requise. Par contre, lorsqu’on ne promet pas une utilité précise, la moindre parcelle d’utilité suffit. En général, une analyse portant sur les questions de validité est axée uniquement sur les revendications, et ne tient compte de la divulgation que lorsque les revendications sont ambiguës. Cette approche est conforme à la directive donnée par la Cour voulant que l’interprétation des revendications doit précéder tout examen de la validité. En revanche, la doctrine de la promesse oblige les tribunaux, pour qu’ils tranchent la question de l’utilité, à lire tant les revendications que la divulgation pour cerner les promesses potentielles, même en l’absence d’ambiguïté dans les revendications. Selon la doctrine, il suffit que l’une de ces promesses ne soit pas réalisée pour qu’il ne soit pas satisfait à la condition d’utilité prévue à l’art. 2 et que le brevet dans son ensemble soit invalide.

La doctrine de la promesse est incompatible tant avec le libellé qu’avec l’esprit de la *Loi sur les brevets*. D’abord, elle confond l’art. 2 et le par. 27(3) en exigeant que, pour qu’il soit satisfait à la condition d’utilité énoncée à l’art. 2, tout usage divulgué en application du

time of filing. If that is not done successfully, the entire patent is invalid, as the pre-condition for patentability — an invention under the s. 2 of the Act — has not been fulfilled. Second, to require all multiple uses be met for the patent's validity to be upheld, runs counter to the words of the Act and has the potential for unfair consequences. The Promise Doctrine risks, as was the case here, for an otherwise useful invention to be deprived of patent protection because not every promised use was sufficiently demonstrated or soundly predicted by the filing date. Such a consequence is antagonistic to the bargain on which patent law is based wherein we ask inventors to give fulsome disclosure in exchange for a limited monopoly.

The words in s. 2 of the Act ground the type of utility that is pertinent by requiring that it is the subject-matter of an invention or improvement thereof that must be useful. To determine whether a patent discloses an invention with sufficient utility under s. 2, courts must first identify the subject-matter of the invention. Second, courts must then ask whether that subject-matter is useful, that is, whether it is capable of a practical purpose. The Act does not prescribe the degree of usefulness required, or that every potential use be realized. Therefore, a single use related to the nature of the subject-matter is sufficient, and that utility must be established by either demonstration or sound prediction as of the filing date. Even though utility of the subject-matter is a requirement of patent validity, a patentee is not required to disclose the utility of the invention to fulfill the requirements of s. 2.

In the present case, the subject-matter of the '653 patent that must be useful for the purposes of s. 2 is the optically pure salts of the enantiomer of omeprazole. It was soundly predicted by the relevant date that the drug for which the '653 patent was granted would be useful as a proton pump inhibitor to reduce production of gastric acid. Such use is appropriately related to the subject-matter of the '653 patent and makes it useful within the meaning of s. 2. The '653 patent is therefore not invalid for want of utility.

#### Cases Cited

**Applied:** *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; **referred to:** *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3

par. 27(3) soit démontré ou valablement prédit au moment du dépôt. À défaut d'une telle démonstration ou prédiction, l'ensemble du brevet est invalide, puisqu'il n'a pas été satisfait à la condition préalable à la brevetabilité — soit qu'il existe une invention au sens de l'art. 2 de la Loi. Ensuite, le fait de subordonner le maintien de la validité du brevet à la réalisation de toutes les multiples utilisations de l'invention n'est pas compatible avec le libellé de la loi en plus d'être susceptible d'entraîner des conséquences injustes. En effet, la doctrine de la promesse risque, comme en l'espèce, de priver une invention autrement utile de la protection conférée par un brevet parce que toutes les utilisations promises n'ont pas été suffisamment démontrées ou valablement prédites à la date de dépôt. Une telle conséquence est contraire au pacte sur lequel est fondé le droit des brevets et selon lequel les inventeurs doivent faire une divulgation complète en échange d'un monopole limité.

Le libellé de l'art. 2 de la Loi donne le fondement au type d'utilité qui est pertinent en exigeant que ce soit l'objet de l'invention ou de son amélioration qui soit utile. Pour déterminer si un brevet divulgue une invention dont l'utilité est suffisante au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 2, les tribunaux doivent d'abord cerner l'objet de l'invention. Puis, ils doivent se demander si cet objet est utile — c'est-à-dire, se demander s'il peut donner un résultat concret. La Loi ne prescrit pas le degré d'utilité requis. Elle ne prévoit pas non plus que chaque utilisation potentielle doit être réalisée. Une seule utilisation liée à la nature de l'objet est donc suffisante, et l'utilité doit être établie au moyen d'une démonstration ou d'une prédiction valable à la date de dépôt. Même si l'utilité de l'objet est une exigence pour que le brevet soit valide, le breveté n'est pas tenu de divulguer l'utilité de l'invention pour satisfaire aux exigences prévues à l'art 2.

En l'espèce, le brevet 653 a comme objet, devant être utile aux termes de l'art. 2, les sels d'énantiomères d'oméprazole optiquement purs. L'utilité — en tant qu'inhibiteur de pompe à protons pour réduire la sécrétion d'acide gastrique — du médicament pour lequel le brevet 653 a été accordé avait été valablement prédite à la date pertinente. Une telle utilisation est liée comme il se doit à l'objet du brevet 653 et le rend utile au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 2. Le brevet 653 n'est donc pas invalide pour absence d'utilité.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; **arrêts mentionnés :** *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008



S.C.R. 265; *Eli Lilly and Co. v. Canada*, I.C.S.I.D. Case No. UNCT/14/2, March 16, 2017; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153; *Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625; *Pfizer Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2011 FC 547, 394 F.T.R. 1; *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2010 FCA 197, [2012] 1 F.C.R. 349; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Apotex Inc.*, 2005 FC 1348, 45 C.P.R. (4th) 423; *Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 222, 392 N.R. 96; *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 676, 350 F.T.R. 165; *AstraZeneca Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 FCA 109, 432 N.R. 292; *Hatmaker v. Joseph Nathan & Co.* (1919), 36 R.P.C. 231; *Alsop's Patent (Re)* (1907), 24 R.P.C. 733; *Bloxam v. Elsee* (1827), 6 B. & C. 169, 108 E.R. 415; *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623; *British United Shoe Machinery Co. v. A. Fussell & Sons Ltd.* (1908), 25 R.P.C. 631; *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81.

#### Statutes and Regulations Cited

*Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 2 “invention”, 27(1), (2), (3), (4), (5), 53, 58.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133.

#### Authors Cited

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.  
 Siebrasse, Norman. “The False Doctrine of False Promise” (2013), 29 *C.I.P.R.* 3.  
 Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Dawson, Ryer and Webb J.J.A.), 2015 FCA 158, 474 N.R. 296, 138 C.P.R. (4th) 1, [2015] F.C.J. No. 802 (QL), 2015 CarswellNat 2431 (WL Can.), affirming a decision of Rennie J., 2014 FC 638, 457 F.T.R. 227, 129 C.P.R. (4th) 1, [2014] F.C.J. No. 671 (QL), 2014 CarswellNat 2268 (WL Can.). Appeal allowed.

Gunars A. Gaikis, Yoon Kang and Y. Lynn Ing, for the appellants.

CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265; *Eli Lilly and Co. c. Canada*, I.C.S.I.D. Case No. UNCT/14/2, 16 mars 2017; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153; *Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625; *Pfizer Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2011 CF 547; *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2010 CAF 197, [2012] 1 R.C.F. 349; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1348; *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 222; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 676; *AstraZeneca Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 CAF 109; *Hatmaker c. Joseph Nathan & Co.* (1919), 36 R.P.C. 231; *Alsop's Patent (Re)* (1907), 24 R.P.C. 733; *Bloxam c. Elsee* (1827), 6 B. & C. 169, 108 E.R. 415; *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623; *British United Shoe Machinery Co. c. A. Fussell & Sons Ltd.* (1908), 25 R.P.C. 631; *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4, art. 2 « invention », 27(1), (2), (3), (4), (5), 53, 58.  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133.

#### Doctrine et autres documents cités

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed., Toronto, Carswell, 1969.  
 Siebrasse, Norman. « The False Doctrine of False Promise » (2013), 29 *R.C.P.I.* 3.  
 Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Dawson, Ryer et Webb), 2015 CAF 158, 474 N.R. 296, 138 C.P.R. (4th) 1, [2015] A.C.F. n° 802 (QL), 2015 CarswellNat 12189 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Rennie, 2014 CF 638, 457 F.T.R. 227, 129 C.P.R. (4th) 1, [2014] A.C.F. n° 671 (QL), 2014 CarswellNat 3813 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Gunars A. Gaikis, Yoon Kang et Y. Lynn Ing, pour les appelantes.

*Harry B. Radomski, Andrew R. Brodtkin, Richard Naiberg and Sandon Shogilev, for the respondents.*

*Patrick E. Kierans and Kristin Wall, for the interveners Innovative Medicines Canada and BIOTE-Canada.*

*Jeremy de Beer and E. Richard Gold, for the intervener the Centre for Intellectual Property Policy.*

*Jonathan Stainsby and Scott A. Beeser, for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association.*

*Julie Desrosiers, Kang Lee and Alain M. Leclerc, for the intervener Fédération internationale des conseils en propriété intellectuelle.*

*Andrew Bernstein and Yael S. Bienenstock, for the intervener the Intellectual Property Owners Association.*

*Jason Markwell, for the intervener the Intellectual Property Institute of Canada.*

The judgment of the Court was delivered by

ROWE J. —

## I. Introduction

[1] In the context of infringement/impeachment proceedings in the lower courts, this appeal involves a challenge to the validity of the appellants' ("AstraZeneca") 2,139,653 patent ("653 patent") for want of utility.

[2] The main issue in this appeal is whether AstraZeneca's patent is invalid for want of utility under s. 2 of the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, on the basis of the "promise of the patent" doctrine ("Promise Doctrine"). Unquestionably, a patent is invalid if it lacks utility. However, for the reasons that follow, I conclude the application of the Promise Doctrine is not the correct approach to determine whether a

*Harry B. Radomski, Andrew R. Brodtkin, Richard Naiberg et Sandon Shogilev, pour les intimées.*

*Patrick E. Kierans et Kristin Wall, pour les intervenantes Médicaments novateurs Canada et BIOTE-Canada.*

*Jeremy de Beer et E. Richard Gold, pour l'intervenant le Centre des politiques en propriété intellectuelle.*

*Jonathan Stainsby et Scott A. Beeser, pour l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique.*

*Julie Desrosiers, Kang Lee et Alain M. Leclerc, pour l'intervenante la Fédération internationale des conseils en propriété intellectuelle.*

*Andrew Bernstein et Yael S. Bienenstock, pour l'intervenante Intellectual Property Owners Association.*

*Jason Markwell, pour l'intervenant l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROWE —

## I. Introduction

[1] Dans le contexte du recours pour contrefaçon/en invalidation de brevet intenté dans les cours d'instances inférieures, le présent pourvoi porte sur une contestation pour absence d'utilité de la validité du brevet 2 139 653 (« brevet 653 ») que détiennent les appelantes (« AstraZeneca »).

[2] Dans le présent pourvoi, il s'agit avant tout de déterminer si le brevet d'AstraZeneca est invalide suivant l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4, pour absence d'utilité en application de la doctrine de la « promesse du brevet » (« doctrine de la promesse »). Il ne fait aucun doute qu'un brevet est invalide s'il n'a pas d'utilité. Cependant, pour les motifs qui suivent, je conclus que

patent has sufficient utility. Had the trial judge not applied this doctrine, he would have been compelled to find that the '653 patent had sufficient utility, and upheld its validity. Accordingly, I would set aside the decisions of the Federal Court and the Federal Court of Appeal which held that the '653 patent was invalid for want of utility.

## II. Facts

[3] In 1994, AstraZeneca applied for the '653 patent which claimed the optically pure salts of the (-) enantiomer of omeprazole, esomeprazole ("drug"). Esomeprazole is a proton pump inhibitor ("PPI") used in the reduction of gastric acid and in the treatment of reflux esophagitis and related maladies. This means that it is a compound that acts by blocking acid producing pumps within cells to reduce the amount of acid in the stomach. Commercialized under the name NEXIUM, it has been a very successful drug for AstraZeneca.

[4] The respondents ("Apotex"), seeking to sell a generic version of the drug, applied to the Minister of Health for a Notice of Compliance allowing it to do so. AstraZeneca, in response, brought an application for prohibition under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, to prohibit the Minister from issuing a Notice of Compliance to Apotex. On June 30, 2010, Justice Hughes dismissed the application for prohibition (2010 FC 714, 88 C.P.R. (4th) 28).

[5] Apotex subsequently began to sell its generic version of the drug. AstraZeneca brought an action against Apotex for patent infringement, and Apotex counter-claimed to have the '653 patent impeached (i.e. declared invalid).

[6] The Federal Court judge found that although the '653 patent was novel and non-obvious, it was invalid because it lacked utility. In so doing, he accepted that it was useful for certain purposes, but

l'application de la doctrine de la promesse n'est pas la bonne approche pour établir si un brevet a ou non une utilité suffisante. Si le juge de première instance n'avait pas appliqué cette doctrine, il aurait été contraint de conclure que le brevet 653 avait une telle utilité et aurait maintenu sa validité. Par conséquent, je suis d'avis d'infirmes les décisions de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale, qui ont invalidé le brevet 653 pour absence d'utilité.

## II. Faits

[3] En 1994, AstraZeneca a demandé le brevet 653, qui visait les sels d'énantiomères négatifs d'oméprazole optiquement purs, soit l'ésoméprazole (« médicament »). L'ésoméprazole est un inhibiteur de la pompe à protons (« IPP ») utilisé pour diminuer la sécrétion d'acide gastrique et pour traiter l'œsophagite par reflux ainsi que d'autres états pathologiques apparentés. Cela signifie qu'il s'agit d'un composé qui bloque les pompes productrices d'acide à l'intérieur des cellules pour réduire la quantité d'acide sécrété dans l'estomac. Commercialisé sous le nom NEXIUM, ce médicament s'est révélé un franc succès pour AstraZeneca.

[4] Les intimées (« Apotex »), qui voulaient vendre une version générique de ce médicament, ont demandé au ministre de la Santé un avis de conformité les autorisant à le faire. En réponse, AstraZeneca a présenté une demande en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, pour qu'il soit interdit au ministre de délivrer un tel avis à Apotex. Le 30 juin 2010, le juge Hughes a rejeté la demande d'interdiction : 2010 CF 714.

[5] Apotex a ensuite commencé à vendre sa version générique du médicament. AstraZeneca a alors intenté une action contre elle pour contrefaçon de brevet, et Apotex a présenté une demande reconventionnelle pour que le brevet 653 soit déclaré invalide.

[6] Le juge de la Cour fédérale a conclu que même si le brevet 653 présentait le caractère de la nouveauté et n'était pas évident, il était invalide pour absence d'utilité. Ce faisant, il a reconnu que le brevet

declared the patent invalid because, applying the Promise Doctrine, it “promised more than it could provide”. On appeal, AstraZeneca argued the Federal Court erred by relying on the Promise Doctrine to invalidate the patent. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal. AstraZeneca then appealed to this Court arguing that the Promise Doctrine is unsound.

### III. Judicial History

#### A. *Federal Court, 2014 FC 638, 129 C.P.R. (4th) 1 (Rennie J.)*

[7] Justice Rennie dismissed AstraZeneca’s action for infringement and granted Apotex’s counter-claim for a declaration of invalidity. He held that: “The ‘653 patent, though it was novel and non-obvious, is invalid because it lacks utility” (para. 367).

[8] Justice Rennie’s utility analysis was premised on two propositions. First, “an alleged patent satisfies the requirement of utility if, from the perspective of the skilled person as of the filing date (May 27, 1994), its utility is *demonstrated*, or in the alternative, if its utility is *soundly predicted*” (para. 83 (emphasis in original)). Second, central to his utility analysis was the doctrine of the “promise of the patent”, which Rennie J. termed “the yardstick against which utility is measured” (para. 86).

[9] Applying this doctrine, Justice Rennie ultimately identified two promises of utility in the ‘653 patent: (1) use as a PPI; and (2) improved pharmacokinetic and metabolic properties which would give an improved therapeutic profile such as a lower degree of interindividual variation. In other words, the drug would (1) reduce the amount of acid in the stomach; and (2) work more effectively for a wider range of persons, having less variation in patient response. The fulfilment of the first promise was not in dispute; it was soundly predicted that the drug did act as a PPI to reduce acid in the stomach. However, he

en cause était utile à certaines fins, mais il l’a invalidé en application de la doctrine de la promesse, parce qu’il « promettait plus qu’il ne pouvait offrir ». En appel, AstraZeneca a soutenu que la Cour fédérale avait commis une erreur en se fondant sur la doctrine de la promesse pour invalider le brevet. La Cour d’appel fédérale a rejeté le pourvoi. AstraZeneca a ensuite interjeté appel devant la Cour, faisant valoir que la doctrine de la promesse est sans fondement.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour fédérale, 2014 CF 638 (le juge Rennie)*

[7] Le juge Rennie a rejeté l’action pour contrefaçon d’AstraZeneca et a fait droit à la demande reconventionnelle d’Apotex visant à obtenir une déclaration d’invalidité. Il a conclu que : « Bien qu’il présente le caractère de la nouveauté et qu’il ne soit pas évident, le brevet 653 est invalide pour absence d’utilité » : par. 367 (CanLII).

[8] Dans son analyse concernant l’utilité, le juge Rennie s’est fondé sur deux propositions. Premièrement, celle voulant que « tout brevet remplit l’exigence de l’utilité si, du point de vue de la personne versée dans l’art, à la date de dépôt (le 27 mai 1994), son utilité est *démontrée*, ou subsidiairement, si son utilité est *valablement prédite* » : par. 83; en italique dans l’original. Deuxièmement, celle, au cœur de cette même analyse, soit la doctrine de la « promesse du brevet », que le juge Rennie a énoncée de la façon suivante : « . . . l’utilité se mesure à l’aune de la promesse du brevet » : par. 86.

[9] En appliquant cette doctrine, le juge Rennie a ultimement cerné deux promesses d’utilité du brevet 653 : (1) une utilisation en tant qu’IPP; et (2) des propriétés pharmacocinétiques et métaboliques améliorées, qui donneraient un profil thérapeutique amélioré, comme une variation interindividuelle moins importante. Autrement dit, le médicament (1) réduirait la quantité d’acide sécrété dans l’estomac et (2) serait plus efficace pour un plus grand nombre de patients, puisqu’il entraînerait une moins grande variation de réaction chez les patients. La réalisation de la première promesse n’était pas en litige; il

found that the second promise was neither demonstrated nor soundly predicted at the filing date.

[10] Applying the Promise Doctrine, he declared the entire patent to be invalid on the basis that the utility requirement for an “invention” under s. 2 of the *Patent Act* was not met, notwithstanding that on his findings the patent fulfilled one of the two promises of utility that he had identified.

[11] Justice Rennie’s reasons also dealt with other requirements of validity. He applied the tests for anticipation and obviousness as set out by this Court in *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265, and found that the ‘653 patent was both novel and not obvious. Neither novelty nor non-obviousness, however, is in issue before this Court. Rather, the only issue in this appeal relates to the utility requirement in the definition of an invention under s. 2 of the Act.

B. *Federal Court of Appeal, 2015 FCA 158, 138 C.P.R. (4th) 1 (Dawson, Ryer and Webb J.J.A.)*

[12] Dawson J.A., writing for the Federal Court of Appeal, dismissed AstraZeneca’s appeal. Essentially, she adopted Justice Rennie’s analysis, which affirmed both the status and application of the Promise Doctrine.

[13] Dawson J.A. found that the Federal Court did not err in the following ways.

[14] First, the Federal Court did not err in applying the Promise Doctrine by construing the promises across the patent. She wrote: “It is also now settled law that some promises can be construed to impose utility requirements across each of a patent’s claims, while other promises may touch only a subset of the claims” (para. 5).

a été valablement prédit que le médicament agirait comme IPP pour réduire l’acide dans l’estomac. Cependant, le juge Rennie a conclu que la deuxième promesse n’avait pas été démontrée ni valablement prédite à la date de dépôt.

[10] Appliquant la doctrine de la promesse, il a invalidé l’ensemble du brevet, pour le motif qu’il n’aurait pas été satisfait à la condition d’utilité d’une « invention » prévue à l’art. 2 de la *Loi sur les brevets*, et ce, même si, selon ses conclusions, le brevet tenait une des deux promesses d’utilité identifiées.

[11] Les motifs du juge Rennie portaient aussi sur d’autres conditions de validité. Il a appliqué les critères de l’antériorité et de l’évidence énoncés par la Cour dans *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265, et a conclu que le brevet 653 était à la fois nouveau et non évident. Cela dit, ni la nouveauté ni la non-évidence ne sont en litige devant la Cour. La seule question à trancher dans le présent pourvoi porte plutôt sur la condition d’utilité prévue dans la définition d’une invention énoncée à l’art. 2 de la Loi.

B. *Cour d’appel fédérale, 2015 CAF 158 (les juges Dawson, Ryer et Webb)*

[12] S’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale, la juge Dawson a rejeté l’appel d’AstraZeneca. Essentiellement, elle a souscrit à l’analyse du juge Rennie, qui confirmait tant le statut que l’application de la doctrine de la promesse.

[13] La juge Dawson a conclu que la Cour fédérale n’a pas commis les erreurs suivantes.

[14] Premièrement, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur lorsqu’elle a appliqué la doctrine de la promesse en interprétant les promesses compte tenu de l’ensemble du brevet. La juge Dawson a écrit qu’« [i]l est également maintenant établi en droit que certaines promesses peuvent être interprétées comme imposant des exigences en matière d’utilité à chacune des revendications d’un brevet, tandis que d’autres promesses peuvent viser uniquement un sous-ensemble de revendications » : par. 5 (CanLII).

[15] Second, the Federal Court did not err in construing the utility of the claims. Dawson J.A. wrote: “The Court’s reasons show that the Federal Court directed itself to the correct legal tests applicable to claims construction, inventive concept and utility” (para. 11).

[16] Third, the Federal Court did not err in its approach to construing a promise in the patent: “The Federal Court’s construction of the promise was reached reading the patent as a whole through the eyes of the skilled reader. . . . [T]he Federal Court did not err in law by applying too low a threshold in order to establish a promise” (para. 13).

[17] Dawson J.A., thus, upheld the Federal Court’s decision based on the Promise Doctrine. She further stated “it is unnecessary to consider the assertions advanced by Apotex that the Federal Court erred in failing to find the patent to be both obvious and anticipated” (para. 15).

#### IV. Positions of the Parties

[18] AstraZeneca appeals to this Court arguing its patent was improperly invalidated on the basis of the Promise Doctrine. It argues the “law of patents is wholly statutory” (A.F., at para. 2), and that the Promise Doctrine is an extra-statutory requirement of utility with no basis in law. It maintains that the Promise Doctrine has no foundation in either the *Patent Act* or the patent jurisprudence of this Court.

[19] Apotex bases its argument on the correctness of the Promise Doctrine and its application in this case. Apotex says that the law of utility under the *Patent Act* requires that a patentee’s invention do what the patent says it will do. The Promise Doctrine merely requires a patentee to be held to what is disclosed in the patent. Applying the Promise Doctrine, AstraZeneca’s patent specification contained one

[15] Deuxièmement, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur lors de l’examen de l’utilité des revendications. La juge Dawson de la Cour d’appel fédérale a écrit ce qui suit : « Il ressort des motifs de la Cour fédérale que celle-ci a bien établi le critère juridique applicable en matière d’interprétation des revendications, de l’idée originale et de l’utilité » : par. 11.

[16] Troisièmement, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur dans l’approche qu’elle a utilisée pour interpréter une promesse du brevet : « La Cour fédérale a adopté cette interprétation de la promesse en lisant le brevet dans son ensemble du point de vue d’une personne versée dans l’art. [ . . . ] [L]a Cour fédérale n’a pas commis d’erreur de droit en appliquant un critère trop peu exigeant à l’établissement de la promesse » : par. 13.

[17] Par conséquent, la juge Dawson a confirmé la décision de la Cour fédérale fondée sur la doctrine de la promesse. Elle a en outre affirmé qu’« il n’est pas nécessaire de se pencher sur les affirmations d’Apotex selon lesquelles la Cour fédérale a commis une erreur en ne déclarant pas le brevet à la fois évident et antérieurisé » : par. 15.

#### IV. Positions des parties

[18] AstraZeneca se pourvoit devant la Cour en faisant valoir que son brevet a été invalidé à tort en application de la doctrine de la promesse. Elle fait valoir que le [TRADUCTION] « droit des brevets est entièrement issu de la loi » (m. a., par. 2), et que la doctrine de la promesse constitue une condition d’utilité non prévue par la loi qui n’a aucun fondement en droit. Elle soutient que la doctrine de la promesse n’a de fondement ni dans la *Loi sur les brevets* ni dans la jurisprudence de la Cour en matière de brevets.

[19] Apotex fonde sa thèse sur la justesse de la doctrine de la promesse et sur son application en l’espèce. Elle soutient que le critère de l’utilité prévu dans la *Loi sur les brevets* exige que l’invention fasse ce que le brevet prédit qu’elle fera. La doctrine de la promesse exige simplement que le breveté soit tenu de respecter ce qui est divulgué dans le brevet. Or, selon la doctrine de la promesse,

promise that was neither demonstrated nor soundly predicted at the time it was filed and, therefore, the '653 patent, in its entirety, was properly declared to be invalid.

[20] This Court also heard from several interveners regarding the Promise Doctrine.

[21] Five interveners argued against the Promise Doctrine. Fédération internationale des conseils en propriété intellectuelle highlighted that the Promise Doctrine puts Canada's patent law out of step with international standards; the utility standard should reflect a low threshold that would be in accordance with Canada's international obligations under NAFTA (North American Free Trade Agreement) and TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) agreement.<sup>1</sup> Innovative Medicines Canada and BIOTECCanada likewise stressed that the Promise Doctrine was a departure from Canada's international obligations. The Intellectual Property Owners Association argued that the Promise Doctrine encourages inventors to disclose less, which is inconsistent with the objectives of the *Patent Act*. The Intellectual Property Institute of Canada emphasised that the Promise Doctrine does not appear in the Act and its application leads to inconsistent results that could be avoided if utility were assessed having regard to the subject-matter of a claim.

[22] Two interveners argued in support of the Promise Doctrine. The Canadian Generic Pharmaceutical Association argued that the Promise Doctrine is not a new trend, but simply requires a patent to do what it says it will do. As well, changes to patent law to harmonize Canadian law with that of other major jurisdictions should be left to Parliament. The Centre for Intellectual Property Policy

<sup>1</sup> This argument was advanced prior to the final arbitration award in *Eli Lilly and Co. v. Canada* rendered by the International Centre for Settlement of Investment Disputes under NAFTA (I.C.S.I.D. Case No. UNCT/14/2, March 16, 2017).

le mémoire descriptif du brevet d'AstraZeneca contenait une promesse qui n'avait été ni démontrée ni valablement prédite au moment du dépôt et, par conséquent, l'ensemble du brevet 653 a été dûment invalidé.

[20] La Cour a aussi entendu plusieurs intervenants relativement à la doctrine de la promesse.

[21] Cinq intervenants ont contesté cette doctrine. La Fédération internationale des conseils en propriété intellectuelle a souligné que, en raison de la doctrine de la promesse, le droit canadien des brevets est en décalage par rapport aux normes internationales; la norme relative à l'utilité devrait être le reflet d'un critère peu exigeant qui serait conforme aux obligations internationales du Canada prévues par l'ALENA (Accord de libre-échange nord-américain) et par l'ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce)<sup>1</sup>. Médicaments novateurs Canada et BIOTECCanada ont également souligné que la doctrine de la promesse rompait avec les obligations internationales du Canada. L'Intellectual Property Owners Association a soutenu que cette doctrine incite les inventeurs à divulguer moins de renseignements, ce qui est contraire aux objectifs de la *Loi sur les brevets*. L'Institut de la propriété intellectuelle du Canada a mis l'accent sur le fait que la doctrine de la promesse ne figure pas dans la Loi, et que son application donne lieu à des résultats contradictoires qui pourraient être évités si l'utilité était examinée en fonction de l'objet visé de la revendication.

[22] Deux intervenants ont pour leur part soutenu la doctrine de la promesse. L'Association canadienne du médicament générique a fait valoir que la doctrine de la promesse n'est pas une nouvelle tendance, mais qu'elle exige simplement que le brevet fasse ce qu'il prédit qu'il fera. De plus, selon elle, c'est au Parlement d'apporter des modifications au droit des brevets canadien pour qu'il soit conforme

<sup>1</sup> Cet argument a été présenté avant que la décision d'arbitrage finale soit prononcée dans *Eli Lilly and Co. c. Canada* rendue par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements en application de l'ALENA (C.I.R.D.I. dossier n° UNCT/14/2, 16 mars 2017).

said that it is the specification as a whole and not just the claims that are important to determine the utility of an invention as the uses disclosed to fulfill the requirements under s. 27(3) of the *Patent Act* are related to the utility requirement under s. 2 (further discussed below).

## V. Issues

[23] There are two issues. First, is the Promise Doctrine the correct approach for the requirement in s. 2 of the Act that an “invention” be “useful”? Second, was the drug for which the ‘653 patent was granted “useful” within the meaning of s. 2 of the Act at the filing date?

[24] I conclude that the Promise Doctrine is not the correct method of determining whether the utility requirement under s. 2 of the *Patent Act* is met. Given the correct approach, as set out below, the drug for which the ‘653 patent was granted is useful as a PPI; thus, it is an “invention” under s. 2 of the Act. The ‘653 patent is therefore not invalid for want of utility.

## VI. Relevant Legislation Provisions

[25] The following statutory provisions of the *Patent Act* are relevant in this appeal:

**2** In this Act, except as otherwise provided,

***invention*** means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;

### **Commissioner may grant patents**

**27 (1)** The Commissioner shall grant a patent for an invention to the inventor or the inventor’s legal representative

à celui d’autres États majeurs. Selon le Centre des politiques en propriété intellectuelle, c’est l’ensemble du mémoire descriptif — et non seulement les revendications — qui est important pour déterminer l’utilité d’une invention, puisque les utilisations divulguées pour satisfaire aux exigences énoncées au par. 27(3) de la *Loi sur les brevets* sont liées à la condition d’utilité prévue à l’art. 2 (dont il sera question plus loin).

## V. Questions

[23] Deux questions se posent. D’abord, la doctrine de la promesse est-elle l’approche qu’il convient d’appliquer pour déterminer, comme l’exige l’art. 2 de la Loi, si une « invention » est « utile »? Ensuite, le médicament pour lequel le brevet 653 a été accordé était-il, à la date de dépôt, « utile » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 2 de la Loi?

[24] Je conclus que la doctrine de la promesse n’est pas la méthode appropriée pour établir si le brevet satisfait à la condition d’utilité prévue à l’art. 2 de la *Loi sur les brevets*. Compte tenu de l’approche appropriée, qui est énoncée plus loin, le médicament pour lequel le brevet 653 a été accordé est utile en tant qu’IPP; il s’agit donc d’une « invention » au sens de l’art. 2 de la Loi. Le brevet 653 n’est donc pas invalide pour absence d’utilité.

## VI. Dispositions législatives pertinentes

[25] Les dispositions législatives suivantes de la *Loi sur les brevets* s’appliquent dans le présent pourvoi :

**2** Sauf disposition contraire, les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

***invention*** Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l’un d’eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité.

### **Délivrance de brevet**

**27 (1)** Le commissaire accorde un brevet d’invention à l’inventeur ou à son représentant légal si la demande de



if an application for the patent in Canada is filed in accordance with this Act and all other requirements for the issuance of a patent under this Act are met.

### **Application requirements**

(2) The prescribed application fee must be paid and the application must be filed in accordance with the regulations by the inventor or the inventor's legal representative and the application must contain a petition and a specification of the invention.

### **Specification**

(3) The specification of an invention must

(a) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;

(b) set out clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it pertains, or with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it;

(c) in the case of a machine, explain the principle of the machine and the best mode in which the inventor has contemplated the application of that principle; and

(d) in the case of a process, explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions.

### **Claims**

(4) The specification must end with a claim or claims defining distinctly and in explicit terms the subject-matter of the invention for which an exclusive privilege or property is claimed.

### **Alternative definition of subject-matter**

(5) For greater certainty, where a claim defines the subject-matter of an invention in the alternative, each alternative is a separate claim for the purposes of sections 2, 28.1 to 28.3 and 78.3.

brevet est déposée conformément à la présente loi et si les autres conditions de celle-ci sont remplies.

### **Dépôt de la demande**

(2) L'inventeur ou son représentant légal doit déposer, en la forme réglementaire, une demande accompagnée d'une pétition et du mémoire descriptif de l'invention et payer les taxes réglementaires.

### **Mémoire descriptif**

(3) Le mémoire descriptif doit :

a) décrire d'une façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues son inventeur;

b) exposer clairement les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d'utilisation d'une machine, d'un objet manufacturé ou d'un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention, ou dans l'art ou la science qui s'en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l'invention;

c) s'il s'agit d'une machine, en expliquer clairement le principe et la meilleure manière dont son inventeur en a conçu l'application;

d) s'il s'agit d'un procédé, expliquer la suite nécessaire, le cas échéant, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l'invention en cause d'autres inventions.

### **Revendications**

(4) Le mémoire descriptif se termine par une ou plusieurs revendications définissant distinctement et en des termes explicites l'objet de l'invention dont le demandeur revendique la propriété ou le privilège exclusif.

### **Variantes**

(5) Il est entendu que, pour l'application des articles 2, 28.1 à 28.3 et 78.3, si une revendication définit, par variantes, l'objet de l'invention, chacune d'elles constitue une revendication distincte.

**Void in certain cases, or valid only for parts**

**53 (1)** A patent is void if any material allegation in the petition of the applicant in respect of the patent is untrue, or if the specification and drawings contain more or less than is necessary for obtaining the end for which they purport to be made, and the omission or addition is wilfully made for the purpose of misleading.

**Invalid claims not to affect valid claims**

**58** When, in any action or proceeding respecting a patent that contains two or more claims, one or more of those claims is or are held to be valid but another or others is or are held to be invalid or void, effect shall be given to the patent as if it contained only the valid claim or claims.

VII. AnalysisA. *Issue #1: Is the Promise Doctrine the Correct Standard of Utility Under the Patent Act?*

[26] Section 2 of the *Patent Act* is the source of the utility requirement; it defines an invention as a “new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter” or a “new and useful improvement” thereof. The utility requirement is a necessary pre-condition to patentability (*Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at p. 527). “If it is not useful, it is not an invention within the meaning of the Act” (*Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153 (“AZT”), at para. 51). In order for a patent to be valid, the invention it purports to protect must be useful (*Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625, at para. 37).

[27] It is the utility requirement that is at the core of this appeal.

(1) The Promise Doctrine

[28] Requiring that a patent have utility begs the question “useful for what?” (trial judgment, at

**Nul en certains cas, ou valide en partie seulement**

**53 (1)** Le brevet est nul si la pétition du demandeur, relative à ce brevet, contient quelque allégation importante qui n’est pas conforme à la vérité, ou si le mémoire descriptif et les dessins contiennent plus ou moins qu’il n’est nécessaire pour démontrer ce qu’ils sont censés démontrer, et si l’omission ou l’addition est volontairement faite pour induire en erreur.

**Revendications invalides**

**58** Lorsque, dans une action ou procédure relative à un brevet qui renferme deux ou plusieurs revendications, une ou plusieurs de ces revendications sont tenues pour valides, mais qu’une autre ou d’autres sont tenues pour invalides ou nulles, il est donné effet au brevet tout comme s’il ne renfermait que la ou les revendications valides.

VII. AnalyseA. *Question n° 1 : La doctrine de la promesse est-elle la norme d’utilité appropriée aux termes de la Loi sur les brevets?*

[26] L’article 2 de la *Loi sur les brevets* est la source de la condition d’utilité. Selon son libellé, une invention s’entend de « [t]oute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières » ou « tout perfectionnement de l’un d’eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité ». L’utilité est une condition préalable nécessaire à la brevetabilité : *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, p. 527. « Si ce n’est pas utile, ce n’est pas une invention au sens de la Loi » : *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153, (« AZT »), par. 51. La validité du brevet est subordonnée à l’utilité de l’invention qu’il vise à protéger : *Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625, par. 37.

[27] La condition d’utilité est au cœur du présent pourvoi.

(1) La doctrine de la promesse

[28] La condition d’utilité du brevet nous amène à nous poser la question suivante : « utile à quelle

para. 86). The Federal Courts have answered that question with the “promise of the patent” (*Pfizer Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2011 FC 547, 394 F.T.R. 1). The Promise Doctrine, as developed by the Federal Courts’ jurisprudence, holds that if a patentee’s patent application promises a specific utility, *only if* that promise is fulfilled, can the invention have the requisite utility — “the promise of the patent is the yardstick against which utility is measured” (trial judgment, at para. 86).

[29] The Promise Doctrine has been articulated by the Federal Court of Appeal as follows:

Where the specification does not promise a specific result, no particular level of utility is required; a “mere scintilla” of utility will suffice. However, where the specification sets out an explicit “promise”, utility will be measured against that promise: *Consolboard; Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FCA 108, [2009] 1 F.C.R. 253 (*Ranbaxy*). The question is whether the invention does what the patent promises it will do. [Emphasis added.]

(*Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2010 FCA 197, [2012] 1 F.C.R. 349, at para. 76)

[30] Applying the promise of the patent doctrine, as the name suggests, involves identifying “promises” by considering the “patent as a whole”:

The promise of the patent must be ascertained. Like claims construction, the promise of the patent is a question of law. Generally, it is an exercise that requires the assistance of expert evidence: *Bristol-Myers Squibb Co. v. Apotex Inc.*, 2007 FCA 379, at paragraph 27. This is because the promise should be properly defined, within the context of the patent as a whole, through the eyes of the POSITA [person of ordinary skill in the art], in relation to the science and information available at the time of filing.

(*Eli Lilly*, at para. 80)

[31] That is, the Promise Doctrine requires the identification of promises based on a review of the entire specification, i.e. both the claims and the disclosure. Generally, an analysis regarding issues of

fin? » : jugement de première instance, par. 86. Les cours fédérales ont répondu à cette question par la « promesse du brevet » : *Pfizer Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2011 CF 547. Selon la doctrine de la promesse, élaborée par la jurisprudence des cours fédérales, si une demande de brevet promet une utilité précise, c’est *seulement si* cette promesse est tenue que l’invention peut avoir l’utilité requise — « l’utilité se mesure à l’aune de la promesse du brevet » : jugement de première instance, par. 86.

[29] La doctrine de la promesse a été énoncée par la Cour d’appel fédérale de la façon suivante :

Lorsque le mémoire descriptif ne promet pas un résultat précis, aucun degré particulier d’utilité n’est requis; la « moindre parcelle » d’utilité suffira. Toutefois, lorsque le mémoire descriptif exprime clairement une « promesse, » l’utilité sera appréciée en fonction de cette promesse : *Consolboard; Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2009] 1 R.C.F. 253, 2008 CAF 108 (*Ranbaxy*). La question est de savoir si l’invention fait ce que le brevet promet qu’elle fera. [Je souligne.]

(*Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2010 CAF 197, [2012] 1 R.C.F. 349, par. 76)

[30] Appliquer la doctrine de la promesse du brevet, comme son nom l’indique, comporte l’identification des « promesses » compte tenu du « brevet dans son ensemble » :

La promesse du brevet doit être définie. Tout comme dans le cas des revendications, l’interprétation de la promesse du brevet est une question de droit. De façon générale, il s’agit d’une analyse qui exige l’aide de témoins experts : *Bristol-Myers Squibb Co. c. Apotex Inc.*, 2007 CAF 379, au paragraphe 27. Il en va ainsi parce que la promesse doit être bien définie, dans le contexte du brevet dans son ensemble, du point de vue de la personne versée dans l’art, par rapport à l’état d’avancement de la science et aux données disponibles au moment du dépôt du brevet.

(*Eli Lilly*, par. 80)

[31] Cela signifie que la doctrine de la promesse repose sur l’identification des promesses par l’examen de l’ensemble du mémoire descriptif, c’est-à-dire tant les revendications que la divulgation. En

validity, such as novelty or non-obviousness, focuses on the claims alone, and only considers the disclosure where there is ambiguity in the claims (*Sanofi-Synthelabo*). This is in accordance with this Court's direction that claims construction precedes all considerations of validity: *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024, at paras. 33-50; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paras. 42-43. The Promise Doctrine, by contrast, directs courts to read both the claims and the disclosure to identify potential promises, rather than the claims alone, even in an absence of ambiguity in the claims. After a process of identifying promises, the doctrine equates the fulfillment of these promises (by demonstration or sound prediction) with the requirement in s. 2 that an invention be useful. The doctrine then goes on to provide that if any one of the promises is not fulfilled, then the utility requirement in s. 2 is not met and the patent, in its entirety, is invalid.

[32] In recent years, the Federal Courts have applied this doctrine to determine whether a patent has sufficient utility in several cases: see *Bristol-Myers Squibb Co. v. Apotex Inc.*, 2005 FC 1348, 45 C.P.R. (4th) 423; *Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 222, 392 N.R. 96; *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 676, 350 F.T.R. 165; *Eli Lilly; AstraZeneca Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 FCA 109, 432 N.R. 292.

[33] While the Promise Doctrine, in its current formulation, has been said to be “uniquely Canadian”, it has its roots in English law (N. Siebrasse, “The False Doctrine of False Promise” (2013), 29 *C.I.P.R.* 3, at pp. 5-6).

[34] The doctrine can be traced back to the early 20th century in the United Kingdom, specifically in *Hatmaker v. Joseph Nathan & Co.* (1919), 36 R.P.C. 231 (H.L.), and *Alsop's Patent (Re)* (1907), 24 R.P.C. 733 (Ch.). The doctrine in England was referred to as the “False Promise Doctrine”. It was premised on the nature of patents at that time — a

général, une analyse portant sur les questions de validité, comme la nouveauté et la non-évidence, est axée uniquement sur les revendications, et ne tient compte de la divulgation que lorsque les revendications sont ambiguës : *Sanofi-Synthelabo*. Cette approche est conforme à la directive donnée par la Cour voulant que l'interprétation des revendications doit précéder tout examen de la validité : *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024, par. 33-50; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067, par. 42-43. En revanche, la doctrine de la promesse oblige les tribunaux à lire tant les revendications que la divulgation pour cerner les promesses potentielles, et non uniquement les revendications, même en l'absence d'ambiguïté dans celles-ci. Une fois les promesses cernées, la doctrine assimile la réalisation de ces promesses (par démonstration ou prédiction valable) à la condition d'utilité prévue à l'art. 2. Selon la doctrine, il suffit que l'une de ces promesses ne soit pas réalisée pour qu'il ne soit pas satisfait à la condition d'utilité prévue à l'art. 2 et que le brevet dans son ensemble soit invalide.

[32] Récemment, les cours fédérales ont appliqué cette doctrine dans plusieurs cas pour décider si le brevet avait une utilité suffisante : voir *Bristol-Myers Squibb Co. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1348; *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 222; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 676; *Eli Lilly; AstraZeneca Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 CAF 109.

[33] Même si la doctrine de la promesse, dans sa formulation actuelle, a été qualifiée de [TRADUCTION] « propre au Canada », elle tire son origine du droit anglais : N. Siebrasse, « The False Doctrine of False Promise » (2013), 29 *R.C.P.I.* 3, p. 5-6.

[34] L'origine de la doctrine remonte au début du 20<sup>e</sup> siècle au Royaume-Uni, plus particulièrement aux décisions *Hatmaker c. Joseph Nathan & Co.* (1919), 36 R.P.C. 231 (H.L.), et *Alsop's Patent (Re)* (1907), 24 R.P.C. 733 (Ch.). En Angleterre, cette doctrine était appelée la [TRADUCTION] « doctrine de la fausse promesse ». Elle était fondée sur la nature

grant from the Crown as an exercise of the Royal prerogative. It was argued that where the Crown had been deceived in the grant, an objection could be made. As explained by Norman Siebrasse:

. . . the false promise doctrine is based on the view that the grant of a patent is a discretionary decision and the consideration for the grant is the entirety of the representations made by the applicant in its petition to the Crown. Consequently, it is not for the courts to second-guess the Crown and presume to decide that the Crown would have granted the patent on the basis of some lesser consideration, simply because the court would have upheld the same patent on that lesser basis. [p. 17]

[35] Thus, the origin and justification of the Promise Doctrine in English law was the “unwillingness of the courts to second-guess the Crown in the exercise of its discretion” (Siebrasse, at p. 17; *Bloxam v. Elsee* (1827), 6 B. & C. 169, 108 E.R. 415 (K.B.)). While the False Promise Doctrine is now extinct in the English law, it has found a new home in the Federal Courts’ jurisprudence as the “promise of the patent” doctrine.

[36] This doctrine, however, is unsound. It is an interpretation of the utility requirement that is incongruent with both the words and the scheme of the *Patent Act*.

[37] The Promise Doctrine is excessively onerous in two ways: (1) it determines the standard of utility that is required of a patent by reference to the promises expressed in the patent; and (2) where there are multiple expressed promises of utility, it requires that all be fulfilled for a patent to be valid.

(a) *Expressed Promises*

[38] First, the Promise Doctrine runs counter to the scheme of the Act by conflating ss. 2 and 27(3) — the very confusion this Court sought to clarify in *Consolboard*, as described below.

des brevets à cette époque — un droit accordé par la Couronne résultant de l’exercice de la prérogative royale. On a fait valoir qu’une objection pouvait être formulée lorsque la Couronne avait été trompée pour octroyer un brevet. Comme l’a expliqué Norman Siebrasse :

[TRADUCTION] . . . la doctrine de la fausse promesse repose sur l’opinion selon laquelle l’octroi d’un brevet est une décision discrétionnaire et le brevet est octroyé en fonction de l’ensemble des observations faites par le demandeur dans sa requête à la Couronne. Par conséquent, il n’appartient pas aux tribunaux de remettre en question la décision de la Couronne ni de décider que la Couronne aurait pu octroyer le brevet en se fondant sur un examen moins poussé, simplement parce que la cour aurait confirmé ce brevet en se fondant sur un tel examen. [p. 17]

[35] En conséquence, c’est la [TRADUCTION] « réticence des tribunaux à mettre en doute l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la Couronne » qui a été à l’origine de la doctrine de la promesse en droit anglais et qui l’a justifiée : Siebrasse, p. 17; *Bloxam c. Elsee* (1827), 6 B. & C. 169, 108 E.R. 415 (K.B.). Bien que la doctrine de la fausse promesse n’existe plus en droit anglais, elle existe maintenant dans la jurisprudence des cours fédérales en tant que doctrine de la « promesse du brevet ».

[36] Or, cette doctrine est sans fondement. Il s’agit d’une interprétation de la condition d’utilité qui est incompatible tant avec le libellé qu’avec l’esprit de la *Loi sur les brevets*.

[37] La doctrine de la promesse est excessivement exigeante de deux façons : (1) elle fixe la norme d’utilité requise d’un brevet en référence aux promesses exprimées dans le brevet; et (2) lorsque plusieurs promesses d’utilité sont exprimées, elle exige qu’elles soient toutes réalisées pour que le brevet soit valide.

a) *Promesses formulées*

[38] D’abord, la doctrine de la promesse contrecarre le régime de la Loi, puisqu’elle confond l’art. 2 et le par. 27(3) — précisément la confusion que la Cour cherchait à clarifier dans *Consolboard*, comme il est décrit plus loin.

[39] The Act sets out a scheme to ensure that an “inventor is granted exclusive rights in a new and useful invention for a limited period in exchange for disclosure of the invention so that society can benefit from this knowledge” (*Teva*, at para. 32). Thus, the patent regime has a dual purpose — to incentivise the creation of inventions and to encourage inventors to publicly disclose the knowledge regarding these inventions for society’s benefit.

[40] The Act defines what may receive the protection of a patent. For a creation to be an *invention* under the Act, s. 2 mandates that the art, process, machine, manufacture or composition of matter (i.e. the subject-matter) be useful. The subject-matter of an invention is defined by the claims, in accordance with s. 27(4). The claims set out the scope of the monopoly granted under the patent and allow others “to ascertain with some measure of exactness the boundaries of the exclusive privilege upon which they may not trespass during the exercise of the grant” (*Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623, at p. 1636, quoting H. G. Fox, *Canadian Patent Law and Practice* (4th ed. 1969), at p.163).

[41] Once an inventor seeks to patent something that qualifies as an invention under s. 2, this invention must be properly disclosed in accordance with the Act.

[42] Section 27(3) of the Act provides that in the specification, a “patentee must describe the invention ‘with sufficiently complete and accurate details as will enable a workman, skilled in the art to which the invention relates, to construct or use that invention when the period of the monopoly has expired’” (*Whirlpool*, at para. 42, quoting *Consolboard*, at p. 517).

[43] There is a difference between the requirement in s. 2 that an invention be “useful” and the requirement to disclose an invention’s “operation or use” as per s. 27(3). As explained by Dickson J. (as he then was) in *Consolboard*, the former is a “condition

[39] La Loi établit un régime qui fait en sorte que « l’inventeur obtient, pour une période déterminée, un monopole sur une invention nouvelle et utile en contrepartie de la divulgation de l’invention de façon à en faire bénéficier la société » : *Teva*, par. 32. Par conséquent, le régime des brevets vise un double objectif — favoriser la création d’inventions et encourager les inventeurs à divulguer publiquement les connaissances découlant de leurs inventions pour en faire bénéficier la société.

[40] La Loi définit ce qui peut recevoir la protection d’un brevet. Pour qu’une création constitue une *invention* au sens de la Loi, l’art. 2 exige que la réalisation, le procédé, la machine, la fabrication ou la composition de matières (c.-à-d. l’objet) soit utile. L’objet d’une invention est défini dans les revendications, conformément au par. 27(4). Les revendications définissent la portée du monopole conféré par le brevet et permettent aux autres de « connaître avec une certaine exactitude les frontières du privilège exclusif sur lesquelles ils ne peuvent pas empiéter tant que l’octroi est valide » : *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623, p. 1636, citant H. G. Fox, *Canadian Patent Law and Practice* (4<sup>e</sup> éd. 1969), p. 163.

[41] Lorsqu’un inventeur veut faire breveter une invention au sens de l’art. 2, celle-ci doit être dûment divulguée, conformément à la Loi.

[42] Le paragraphe 27(3) de la Loi prévoit que, dans le mémoire descriptif, un « breveté doit fournir une description de l’invention “comportant des détails assez complets et précis pour qu’un ouvrier, versé dans l’art auquel l’invention appartient, puisse construire ou exploiter l’invention après la fin du monopole” » : *Whirlpool*, par. 42, citant *Consolboard*, p. 517.

[43] Il existe une différence entre la condition prévue à l’art. 2 voulant que l’invention soit « utile » (« *useful* » dans la version anglaise de la disposition) et l’obligation de divulguer l’« application ou exploitation » de l’invention énoncée au par. 27(3)

precedent to an invention” and the latter a “disclosure requirement, independent of the first”:

... the Federal Court of Appeal erred also in holding that s. 36(1) [now s. 27(3) and (4)] requires distinct indication of the real utility of the invention in question. There is a helpful discussion in *Halsbury’s Laws of England* (3rd ed.), vol. 29, at p. 59, on the meaning of “not useful” in patent law. It means “that the invention will not work, either in the sense that it will not operate at all or, more broadly, that it will not do what the specification promises that it will do”. There is no suggestion here that the invention will not give the result promised. . . .

... the Federal Court of Appeal has confused the requirement of s. 2 of the *Patent Act* defining an invention as new and “useful”, with the requirement of s. 36(1) [now s. 27(3)] of the *Patent Act* that the specification disclose the “use” to which the inventor conceived the invention could be put. The first is a condition precedent to an invention, and the second is a disclosure requirement, independent of the first. [Emphasis added.]

(*Consolboard*, at pp. 525 and 527)

While the above passage uses the word “promise”, it does not refer to, nor does it embody, the Promise Doctrine.

[44] The Promise Doctrine effectively imports s. 27(3) into s. 2 inappropriately, by requiring that to satisfy the utility requirement in s. 2, any disclosed use (by virtue of s. 27(3)) be demonstrated or soundly predicted at the time of filing. If that is not done successfully, the entire patent is invalid, as the pre-condition for patentability — an invention under s. 2 of the Act — has not been fulfilled.

[45] Supporters of the doctrine assert that the consequences of the Promise Doctrine play a key role

(« *operation or use* » dans la version anglaise de cette disposition). Comme l’a expliqué le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Consolboard*, la première est une « condition essentielle pour qu’il y ait invention », et la seconde est une « exigence de divulgation, indépendante de la première » :

... la Cour d’appel fédérale a aussi commis une erreur en jugeant que le par. 36(1) [aujourd’hui les par. 27(3) et (4)] exige une indication distincte de l’utilité réelle de l’invention en cause. Il y a un exposé utile dans *Halsbury’s Laws of England*, (3<sup>e</sup> éd.), vol. 29, à la p. 59 sur le sens de « inutile » en droit des brevets. Le terme signifie [TRADUCTION] « que l’invention ne fonctionnera pas, dans le sens qu’elle ne produira rien du tout ou, dans un sens plus général, qu’elle ne fera pas ce que le mémoire descriptif prédit qu’elle fera ». On n’a pas prétendu que l’invention ne produirait pas les résultats promis. . . .

... la Cour d’appel fédérale a confondu l’exigence de l’art. 2 de la *Loi sur les brevets*, qui définit une invention comme une chose nouvelle et « utile » et celle du par. 36(1) [aujourd’hui l’al. 27(3)] de la *Loi sur les brevets* selon laquelle le mémoire descriptif doit faire état de l’usage auquel l’inventeur a prévu employer l’invention. La première est une condition essentielle pour qu’il y ait invention, la seconde est une exigence de divulgation, indépendante de la première. [Je souligne.]

(*Consolboard*, p. 525 et 527)

Même si le passage cité précédemment utilise le terme « promis », celui-ci ne renvoie pas à la doctrine de la promesse ni ne l’incarne.

[44] Dans les faits, la doctrine de la promesse importe à tort le par. 27(3) dans l’art. 2, en exigeant que, pour qu’il soit satisfait à la condition d’utilité énoncée par ce dernier, tout usage divulgué (en application du par. 27(3)) soit démontré ou valablement prédit au moment du dépôt. À défaut d’une telle démonstration ou prédiction, l’ensemble du brevet est invalide, puisqu’il n’a pas été satisfait à la condition préalable à la brevetabilité — soit qu’il existe une invention au sens de l’art. 2 de la Loi.

[45] Les tenants de la doctrine de la promesse soutiennent que les conséquences de cette dernière

in ensuring patentees do not “overpromise” in their patent applications. That is, a patentee will be dissuaded from stating the invention can be used for things that are not sufficiently established at the time of filing if doing so would risk invalidating the entire patent. The utility requirement should not be interpreted, however, as the Federal Courts have done, to address such concerns. Nonetheless, overpromising is a mischief.

[46] The scheme of the Act treats the mischief of overpromising in multiple ways. There are consequences for failing to properly disclose an invention by claiming, for instance, that you have invented more than you have. A disclosure which is not correct and full, or states an unsubstantiated use or operation of the invention, may be found to fail to fulfill the requirements of s. 27(3). An overly broad claim may be declared invalid; however, under the operation of s. 58 of the *Patent Act*, remaining valid claims can be given effect. As well, this mischief may result in a patent being void under s. 53 of the Act, where overpromising in a specification amounts to an omission or addition that is “wilfully made for the purpose of misleading”.

(b) *Multiple Uses*

[47] Second, the Promise Doctrine runs counter to the words of the Act by requiring that where multiple promised uses are expressed, they all must be satisfied for the patent to meet the utility requirement in s. 2.

[48] Section 2 of the Act requires a “useful” subject-matter; a single use makes a subject-matter useful.

[49] The subject-matter of an invention can be multi-faceted, such that a single subject-matter can be described in many ways. As explained by David Vaver:

jouent un rôle-clé pour garantir que les brevetés ne fassent pas de « promesses excessives » dans leur demande de brevet. Les brevetés seraient ainsi dissuadés d’affirmer que l’invention peut être utilisée à des fins qui ne sont pas suffisamment établies au moment du dépôt si cela risquait d’invalider le brevet dans son ensemble. La condition d’utilité ne devrait toutefois pas être interprétée, comme les cours fédérales l’ont fait, pour répondre à de telles préoccupations. Il n’en demeure pas moins que la formulation de promesses excessives constitue un méfait.

[46] Le régime de la Loi s’attaque au méfait des promesses excessives de plusieurs façons. Le fait de ne pas divulguer adéquatement l’invention en exagérant, par exemple, la teneur de l’invention entraîne des conséquences. La divulgation qui n’est pas juste et entière, ou qui énonce une application ou une exploitation non fondée de l’invention, pourrait ne pas satisfaire aux exigences du par. 27(3). Une revendication excessive peut être déclarée invalide; cependant, sous l’effet de l’art. 58 de la *Loi sur les brevets*, il peut être donné effet aux revendications valides restantes. De plus, suivant l’art. 53 de la Loi, ce méfait peut entraîner la nullité du brevet, lorsque les promesses excessives contenues dans un mémoire descriptif équivalent à une omission ou à une addition « volontairement faite pour induire en erreur ».

b) *Utilisations multiples*

[47] Ensuite, la doctrine de la promesse va à l’encontre du libellé de la Loi en exigeant que, lorsque de multiples promesses d’utilisation sont formulées, elles doivent toutes être tenues pour que le brevet respecte la condition d’utilité prévue à l’art. 2.

[48] L’article 2 de la Loi exige que l’objet de l’invention soit « utile »; or, une seule utilisation suffit à le rendre utile.

[49] L’objet de l’invention peut comporter de multiples facettes, de sorte qu’un même objet peut être décrit de plusieurs façons. Comme l’a expliqué David Vaver :



For simplicity's sake, the rule is "one invention, one application, one patent." But inventions are like a many-faceted prism: multiple claims (sometimes running into the hundreds) covering all facets are allowed in the same patent if a "single general inventive concept" links them.

(D. Vaver, *Intellectual Property Law* (2nd ed. 2011), at p. 275)

Yet, ultimately, every invention pertains to a single subject-matter, and any single use of that subject-matter that is demonstrated or soundly predicted by the filing date is sufficient to make an invention useful for the purposes of s. 2.

[50] To require all multiple uses be met for the patent's validity to be upheld, has the potential for unfair consequences. The Promise Doctrine risks, as was the case here, for an otherwise useful invention to be deprived of patent protection because not every promised use was sufficiently demonstrated or soundly predicted by the filing date.

[51] The effect of the Promise Doctrine to deprive such an invention of patent protection if even one "promised" use is not soundly predicted or demonstrated is punitive and has no basis in the Act. Furthermore, such a consequence is antagonistic to the bargain on which patent law is based wherein we ask inventors to give fulsome disclosure in exchange for a limited monopoly (*British United Shoe Machinery Co. v. A. Fussell & Sons Ltd.* (1908), 25 R.P.C. 631 (C.A.), at p. 650). To invalidate a patent solely on the basis of an unintentional overstatement of even a single use will discourage a patentee from disclosing fully, whereas such disclosure is to the advantage of the public. The Promise Doctrine in its operation is inconsistent with the purpose of s. 27(3) of the Act which calls on an inventor to "fully describe the invention and its operation or use". Thus, the Promise Doctrine undermines a key part of the scheme of the Act; it is not good law.

[TRANSLATION] Par souci de simplicité, la règle est la suivante : « une invention, une demande, un brevet ». Mais les inventions sont comme des prismes à multiples facettes : de multiples revendications (parfois même des centaines) portant sur toutes les facettes sont permises pour un même brevet si un « seul concept inventif général » les relie.

(D. Vaver, *Intellectual Property Law* (2<sup>e</sup> éd. 2011), p. 275)

Pourtant, en définitive, chaque invention ne se rapporte qu'à un seul objet, et il suffit d'une utilisation de cet objet, démontrée ou valablement prédite à la date de dépôt, pour que l'invention soit utile au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 2.

[50] Le fait de subordonner le maintien de la validité du brevet à la réalisation de toutes les multiples utilisations de l'invention est susceptible d'entraîner des conséquences injustes. En effet, la doctrine de la promesse risque, comme en l'espèce, de priver une invention autrement utile de la protection conférée par le brevet parce que toutes les utilisations promises n'ont pas été suffisamment démontrées ou valablement prédites à la date de dépôt.

[51] Le fait que la doctrine de la promesse ait pour effet de priver une telle invention de la protection conférée par un brevet même si une seule des utilisations « promises » n'a pas été valablement prédite ou démontrée est punitif et n'a aucun fondement dans la Loi. De plus, une telle conséquence est contraire au pacte sur lequel est fondé le droit des brevets et selon lequel les inventeurs doivent faire une divulgation complète en échange d'un monopole limité : *British United Shoe Machinery Co. c. A. Fussell & Sons Ltd.* (1908), 25 R.P.C. 631 (C.A.), p. 650. Le fait d'invalider un brevet uniquement en raison de l'exagération non intentionnelle même d'une seule utilisation découragera le breveté de faire une divulgation complète, alors qu'une telle divulgation est à l'avantage du public. La doctrine de la promesse, dans son application, est incompatible avec l'objet du par. 27(3) de la Loi, qui oblige les inventeurs à « décrire d'une façon [. . .] complète l'invention et son application ou exploitation ». Ainsi, la doctrine de la promesse mine un élément clé du régime établi par la Loi; ce n'est pas une règle de droit valide.

(2) The Correct Approach to Utility

[52] The words in s. 2 of the Act ground the type of utility that is pertinent by requiring that it is the *subject-matter* of an invention or improvement thereof that must be useful. For the subject-matter to function as an inventive solution to a practical problem, the invention must be capable of an actual relevant use and not be devoid of utility. As stated by Justice Binnie in *AZT*, a patent “is a method by which inventive solutions to practical problems are coaxed into the public domain by the promise of a limited monopoly for a limited time” (para. 37 (emphasis added)).

[53] Utility will differ based on the subject-matter of the invention as identified by claims construction. Thus, the scope of potentially acceptable uses to meet the s. 2 requirement is limited — not *any* use will do. By requiring the usefulness of the proposed invention to be related to the nature of the subject-matter, a proposed invention cannot be saved by an entirely unrelated use. It is not sufficient for an inventor seeking a patent for a machine to assert it is useful as a paperweight.

[54] To determine whether a patent discloses an invention with sufficient utility under s. 2, courts should undertake the following analysis. First, courts must identify the subject-matter of the invention as claimed in the patent. Second, courts must ask whether that subject-matter is useful — is it capable of a practical purpose (i.e. an actual result)?

[55] The Act does not prescribe the degree or quantum of usefulness required, or that every potential use be realized — a scintilla of utility will do. A single use related to the nature of the subject-matter is sufficient, and the utility must be established by either demonstration or sound prediction as of the filing date (*AZT*, at para. 56).

[56] The utility requirement serves a clear purpose. To avoid granting patents prematurely, and

(2) La bonne approche relative à l'utilité

[52] Le libellé de l'art. 2 de la Loi donne le fondement au type d'utilité qui est pertinent en exigeant que ce soit l'*objet* de l'invention ou de son amélioration qui soit utile. Pour que l'objet fonctionne en tant que solution ingénieuse à un problème concret, l'invention doit avoir une utilisation pertinente réelle et ne pas être dénuée d'utilité. Comme l'a conclu le juge Binnie dans *AZT*, un brevet « est un moyen d'encourager les gens à rendre publiques les solutions ingénieuses apportées à des problèmes concrets, en promettant de leur accorder un monopole limité d'une durée limitée » : par. 37, (je souligne).

[53] Ce qui constitue une utilité acceptable variera en fonction de l'objet de l'invention cerné à la suite de l'interprétation des revendications. Ainsi, la portée des utilisations potentielles acceptables pour qu'il soit satisfait à la condition énoncée à l'art. 2 est limitée — ce n'est pas *n'importe quelle* utilisation qui suffira. Puisqu'il est exigé que l'utilité de l'invention proposée soit liée à la nature de l'objet, une invention proposée ne peut être sauvée par une utilité qui n'a aucun lien avec lui. Il ne suffit pas que l'inventeur voulant faire breveter une machine fasse valoir qu'elle est utile en tant que presse-papier.

[54] Pour déterminer si un brevet divulgue une invention dont l'utilité est suffisante au sens de l'art. 2, les tribunaux doivent procéder à l'analyse suivante. Ils doivent d'abord cerner l'objet de l'invention suivant le libellé du brevet. Puis, ils doivent se demander si cet objet est utile — c'est-à-dire, se demander s'il peut donner un résultat concret.

[55] La Loi ne prescrit pas le degré d'utilité requis. Elle ne prévoit pas non plus que chaque utilisation potentielle doit être réalisée — une parcelle d'utilité suffit. Une seule utilisation liée à la nature de l'objet est suffisante, et l'utilité doit être établie au moyen d'une démonstration ou d'une prédiction valable à la date de dépôt : *AZT*, par. 56.

[56] L'exigence de l'utilité répond à un objectif clair. Pour éviter que des brevets soient accordés

thereby limiting potentially useful research and development by others, the case law has imposed a requirement that an invention's usefulness be demonstrated or soundly predicted at the time of application, rather than at some later point. This ensures patents are not granted where the use of the invention is speculative. What matters is that an invention "be useful, in the sense that it carries out some useful known objective" and is not merely a "laboratory curiosity whose only possible claim to utility is as a starting material for further research" (*Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81 (Patent Appeal Board and Commissioner of Patents), at p. 91).

[57] The application of the utility requirement in s. 2, therefore, is to be interpreted in line with its purpose — to prevent the patenting of fanciful, speculative or inoperable inventions.

[58] Even though utility of the subject-matter is a requirement of patent validity, a patentee is not required to disclose the utility of the invention to fulfill the requirements of s. 2. As was stated by Dickson J. in *Consolboard*:

... I do not read the concluding words of s. 36(1) [now s. 27(4)] as obligating the inventor in his disclosure or claims to describe in what respect the invention is new or in what way it is useful. He must say what it is he claims to have invented. [p. 526]

See also *Teva*, at para. 40.

**B. Issue #2: Was the Drug for Which Patent '653 Was Granted "Useful" Within the Meaning of Section 2 of the Act?**

[59] The second issue in this appeal is whether AstraZeneca's '653 patent is valid, or whether it is invalid for want of utility as found by Justice Rennie, applying the Promise Doctrine. As the Promise Doctrine is unsound, Justice Rennie's analysis must be re-visited.

prématurément — ce qui limiterait la recherche et le développement potentiellement utiles que d'autres personnes pourraient effectuer —, la jurisprudence a imposé une condition voulant que l'utilité de l'invention soit démontrée ou valablement prédite au moment de la demande, plutôt qu'ultérieurement. Cela fait en sorte que le brevet ne sera pas octroyé si l'utilisation de l'invention est conjecturale. Ce qui importe, c'est que l'invention soit [TRADUCTION] « utile, c'est-à-dire qu'elle puisse servir une fin connue utile », et qu'il ne peut s'agir d'une simple « curiosité de laboratoire dont la seule utilité possible serait de servir de point de départ à des recherches plus poussées » : *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81 (Commission d'appel des brevets et commissaire aux brevets), p. 91.

[57] Par conséquent, l'application de la condition d'utilité prévue à l'art. 2 doit être interprétée conformément à l'objectif qu'il vise, soit empêcher qu'un brevet soit octroyé pour une invention fantaisiste, hypothétique ou inutilisable.

[58] Même si l'utilité de l'objet est une exigence pour que le brevet soit valide, le breveté n'est pas tenu de divulguer l'utilité de l'invention pour satisfaire aux exigences énoncées à l'art. 2. Comme l'a affirmé le juge Dickson dans *Consolboard* :

... je ne donne pas aux derniers mots du par. 36(1) [aujourd'hui le par. 27(4)] une interprétation qui oblige l'inventeur à décrire, dans sa divulgation ou ses revendications, en quoi l'invention est nouvelle et de quelle manière elle est utile. Il doit dire ce qu'il revendique avoir inventé. [p. 526]

Voir également *Teva*, par. 40.

**B. Question n° 2 : Le médicament pour lequel le brevet 653 a été octroyé était-il « utile » au sens de l'art. 2 de la Loi?**

[59] La seconde question que doit trancher le présent pourvoi est celle de savoir si le brevet 653 d'AstraZeneca est valide, ou s'il est invalide pour absence d'utilité comme l'a conclu le juge Rennie en se fondant sur la doctrine de la promesse. Puisque cette doctrine n'est pas fondée, l'analyse du juge Rennie doit être réexaminée.

[60] Justice Rennie identified the subject-matter of the ‘653 patent:

... the *subject matter* of the ‘653 patent was optically pure salts of the enantiomers of omeprazole, described as novel compounds, having improved pharmacokinetic and metabolic properties and high stability to racemization in neutral and basic pH, a method to make them, and therapeutic uses. [Emphasis in original; para. 93.]

[61] The subject-matter of the patent that must be useful for the purposes of s. 2 is the “optically pure salts of the enantiomers of omeprazole”.

[62] Justice Rennie accepted that it was soundly predicted by the relevant date that the optically pure salts of the enantiomer of omeprazole would be useful as a PPI to reduce production of gastric acid. Use as a PPI is appropriately related to the subject-matter of the ‘653 patent and makes it useful within the meaning of s. 2.

[63] Justice Rennie found that the ‘653 patent failed for lack of utility because it promised more than it could provide. Yet, promises are not the yardstick against which utility is to be measured. Justice Rennie found that the subject-matter described by AstraZeneca’s patent was soundly predicted to be useful as a PPI. This is sufficient utility to satisfy the requirement in s. 2.

### VIII. Relief

[64] The appeal is allowed. The ‘653 patent is not invalid for want of utility. AstraZeneca will have its costs in this Court and the courts below.

*Appeal allowed with costs throughout.*

*Solicitors for the appellants: Smart & Biggar, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Goodmans, Toronto.*

[60] Le juge Rennie a défini l’objet du brevet 653 :

... le brevet 653 avait pour *objet* les sels d’énantiomères d’oméprazole optiquement purs, décrits comme de nouveaux composés et dotés de propriétés pharmacocinétiques et métaboliques améliorées et d’une grande stabilité contre la racémisation en pH neutre et basique, ainsi qu’une méthode pour les fabriquer, et de leurs utilisations thérapeutiques. [En italique dans l’original; par. 93.]

[61] Ainsi, le brevet a comme objet, devant être utile aux termes de l’art. 2, les « sels d’énantiomères d’oméprazole optiquement purs ».

[62] Le juge Rennie a accepté que l’utilité des sels d’énantiomères d’oméprazole optiquement purs en tant qu’IPP — pour réduire la production d’acide gastrique — avait été valablement prédite à la date pertinente. L’utilisation en tant qu’IPP est liée comme il se doit à l’objet du brevet 653 et le rend utile au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 2.

[63] Le juge Rennie a conclu à l’invalidité du brevet 653 pour absence d’utilité, parce qu’il promettait plus qu’il ne pouvait offrir. Or, l’utilité ne se mesure pas à l’aune des promesses. Le juge Rennie a conclu que l’utilité en tant qu’IPP de l’objet décrit dans le brevet d’AstraZeneca avait été valablement prédite. Cette utilité est suffisante pour que soit respectée la condition prévue à l’art. 2.

### VIII. Réparation

[64] Le pourvoi est accueilli. Le brevet 653 n’est pas invalide pour absence d’utilité. AstraZeneca a droit à ses dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures.

*Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours.*

*Procureurs des appelantes : Smart & Biggar, Toronto.*

*Procureurs des intimées : Goodmans, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Innovative Medicines Canada and BIOTECanada: Norton Rose Fulbright Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Centre for Intellectual Property Policy: McGill University, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association: Aitken Klee, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Fédération internationale des conseils en propriété intellectuelle: Fasken Martineau, Montréal; Goudreau Gage Dubuc, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Intellectual Property Owners Association: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Intellectual Property Institute of Canada: Belmore Neidrauer, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes Médicaments novateurs Canada et BIOTECanada : Norton Rose Fulbright Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le Centre des politiques en propriété intellectuelle : Université McGill, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique : Aitken Klee, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération internationale des conseils en propriété intellectuelle : Fasken Martineau, Montréal; Goudreau Gage Dubuc, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante Intellectual Property Owners Association : Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada : Belmore Neidrauer, Toronto.*

**Dion Henry Alex** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. ALEX**

**2017 SCC 37**

File No.: 36771.

2016: December 8; 2017: July 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Certificate of analysis for breath test results — Accused charged with driving with blood-alcohol level over legal limit — Statutory scheme providing for evidentiary shortcuts which permit Crown to establish, at trial, accused's blood-alcohol concentration at time of offence by filing certificate recording accused's breath readings, subject to certain preconditions — Whether phrase “pursuant to a demand made under subsection 254(3)” of Criminal Code means demand for breath sample made by police must be lawful for evidentiary shortcuts to apply — Whether previous Court ruling which found that requirement of reasonable grounds to demand breath sample was not precondition to operation of shortcuts remains good law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (g).*

A's vehicle was stopped by the police who conducted a typical drinking and driving investigation. After A failed a roadside screening device test, he provided samples of his breath at the police station which registered readings significantly over the legal limit. A was charged with driving “over 80”, contrary to s. 253 of the *Criminal Code*. At trial, it was uncontested that A provided the breath samples into an approved instrument

**Dion Henry Alex** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario et Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ALEX**

**2017 CSC 37**

N° du greffe : 36771.

2016 : 8 décembre; 2017 : 6 juillet.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Certificat attestant les résultats de l'analyse d'échantillons d'haleine — Accusation de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Régime législatif prévoyant des raccourcis en matière de preuve qui, à certaines conditions, permettent au ministère public d'établir au procès, par le dépôt d'un certificat attestant les résultats de l'analyse des échantillons d'haleine recueillis, l'alcoolémie de l'accusé au moment où il aurait commis l'infraction — L'énoncé « conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3) » du Code criminel a-t-il pour effet de subordonner l'application des raccourcis en matière de preuve à la légalité de l'ordre du policier de fournir un échantillon d'haleine? — La décision antérieure de la Cour selon laquelle l'existence de motifs raisonnables de donner cet ordre ne conditionne pas l'application des raccourcis est-elle toujours valable? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 258(1)c, g.*

Après avoir intercepté le véhicule de A, un policier a effectué un contrôle de routine en matière d'alcool au volant. Par suite d'un résultat positif à l'alcootest routier, A a fourni des échantillons d'haleine au poste de police et leur analyse a révélé une alcoolémie bien supérieure à la limite légale. A a été accusé de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg », soit l'infraction prévue à l'art. 253 du *Code criminel*. Ni le prélèvement des

operated by a qualified technician within the prescribed time periods, and that the readings were reliable. Once these preconditions are met, the Crown can take advantage of the shortcuts found in ss. 258(1)(c) and 258(1)(g) of the *Code* to establish an accused's blood-alcohol concentration at the time of the alleged offence by filing a certificate recording the accused's breath readings. This relieves the Crown from having to call two witnesses at every trial: a breath technician and an expert toxicologist. In the instant case, the trial judge found that the grounds to make the breath demand were insufficient, but applied *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183, which held that it is unnecessary for the Crown to prove a lawful demand in order to rely on the evidentiary shortcuts. A was convicted of driving "over 80". Successive appeals by A to the British Columbia Supreme Court and British Columbia Court of Appeal were dismissed.

*Held* (McLachlin C.J. and Abella, Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.: The text of ss. 258(1)(c) and 258(1)(g) of the *Code* does not support the requirement of a lawful demand for the evidentiary shortcuts to apply. First, Parliament could easily have specified that the sample had to be taken "pursuant to a lawful demand" as it has done elsewhere in the *Code*. Second, this interpretation is in tension with the structure of the provisions, which is comprised of an opening part followed by a specific list of preconditions that must be met, all of which bear directly on the reliability of the evidentiary shortcuts. The meaning of the phrase "pursuant to a demand made under subsection 254(3)" is simply to identify a breath sample as the bodily sample to which the provisions apply, which may have been unclear at the time of their initial enactment in 1969. In any event, plain meaning alone is not determinative and a statutory interpretation analysis is incomplete without considering the context, purpose and relevant legal norms.

The purpose and context of the provisions do not support the requirement of a lawful demand for the evidentiary shortcuts to apply. Their overriding purpose is to

échantillons au moyen d'un appareil approuvé manipulé par un technicien qualifié dans les délais prescrits, ni la fiabilité des résultats obtenus n'ont été contestés au procès. Dès lors que ces conditions sont réunies, le ministère public peut se prévaloir des raccourcis prévus aux al. 258(1)c) et g) du *Code* pour établir par le dépôt d'un certificat attestant les résultats de l'analyse des échantillons d'haleine l'alcoolémie de l'accusé au moment où il aurait commis l'infraction. Le ministère public est alors dispensé de l'obligation de présenter deux témoins à chaque procès, à savoir un technicien d'alcootest et un toxicologue expert. Dans la présente affaire, le juge du procès a conclu qu'il n'y avait pas de motifs suffisants de donner l'ordre de se soumettre à l'alcootest routier, mais il a appliqué l'arrêt *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183, selon lequel le ministère public n'a pas à établir la légalité de l'ordre pour bénéficier des raccourcis en matière de preuve. A a été déclaré coupable de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg ». La Cour suprême de la Colombie-Britannique puis la Cour d'appel de la même province ont rejeté les appels successifs de A.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Abella, Brown et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté : Le libellé des al. 258(1)c) et g) du *Code* ne permet pas de conclure que l'application des raccourcis en matière de preuve est subordonnée à la légalité de l'ordre de fournir un échantillon d'haleine. Premièrement, il aurait été facile au législateur de préciser que l'échantillon devait être prélevé « conformément à un ordre légal » comme il le fait ailleurs dans le *Code*. Deuxièmement, une interprétation en ce sens irait à l'encontre de l'organisation des dispositions, lesquelles renferment chacune un libellé introductif suivi de l'énumération des conditions qui doivent être réunies pour que les raccourcis puissent s'appliquer, et ces conditions ont toutes une incidence directe sur la fiabilité des raccourcis en matière de preuve. L'énoncé « conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3) » précise simplement que la substance corporelle visée par la disposition est l'haleine, ce qui aurait pu ne pas être évident au moment de l'adoption initiale des dispositions en 1969. Quoi qu'il en soit, le sens ordinaire n'est pas en soi déterminant, et une entreprise d'interprétation législative demeure incomplète sans l'examen du contexte, de l'objet et des normes juridiques pertinentes.

L'objet et le contexte des dispositions ne permettent pas de conclure que l'application des raccourcis en matière de preuve est subordonnée à la légalité de l'ordre.

streamline proceedings by dispensing with unnecessary evidence. The preconditions governing these shortcuts are concerned with the reliability of the breath test results and their correlation to the accused's blood-alcohol concentration at the time of the offence. The lawfulness of a breath demand has no bearing on these matters. This purpose is distinct from that of s. 254(3), which establishes and defines police powers, including the prerequisites for a lawful breath demand. The overriding purpose of the evidentiary shortcuts would be frustrated by importing a lawful demand requirement. Requiring the Crown to call two additional witnesses will lead to unreasonable delays in drinking and driving proceedings that are counterproductive to the administration of justice as a whole and frustrate Parliament's intent.

The comparison to the s. 254(5) refusal offence is flawed. While the refusal offence is part of the same statutory regime, it is different from other drinking and driving offences in substance. Culpability for the refusal offence is based on disobedience with lawful compulsion, whereas culpability for an "over 80" offence is based on driving with a blood-alcohol concentration over the legal limit. Therefore, it is not unfair that a person who refuses to comply with an unlawful demand is acquitted, but if that same person complies and is prosecuted for an "over 80" offence, the evidentiary shortcuts continue to apply. This does not discourage compliance with breath demands. It remains a dangerous gamble for an individual to deliberately refuse a breath demand. If the demand is later found to be lawful, that person may be convicted, even if he or she was actually under the proscribed limit.

It is unnecessary to determine whether *Rilling* was correctly decided under the law as it existed at that time, as the concerns which animated the minority in *Rilling* have been addressed in the present day context. The scientific reliability of the results of properly administered breath tests is now firmly established. And today, s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in combination with s. 24(2), provides a comprehensive and direct protection against unreasonable searches and seizures, including those of breath samples. By contrast, a loss of the s. 258 evidentiary shortcuts does not provide a meaningful remedy for an unlawful demand by the police and achieves no substantive or procedural benefit for

L'objectif primordial de ces raccourcis est de rationaliser le déroulement de l'instance en rendant certains témoignages superflus. Les conditions d'application des raccourcis ont trait à la fiabilité des résultats d'analyse des échantillons d'haleine et à leur corrélation avec l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction. La légalité de l'ordre n'a pas d'incidence à cet égard. Cet objectif diffère de celui du par. 254(3), lequel énonce et circonscrit les pouvoirs policiers, notamment les conditions de la légalité de l'ordre de fournir un échantillon d'haleine. L'objectif primordial des raccourcis en matière de preuve serait contrecarré si l'applicabilité des raccourcis tenait à la légalité de l'ordre de fournir un échantillon d'haleine. Exiger du ministère public qu'il présente deux témoins supplémentaires entraînera dans les affaires de conduite avec facultés affaiblies des délais déraisonnables qui nuiront à la bonne administration de la justice dans son ensemble et qui contrecarreront l'objectif du législateur.

L'analogie avec l'infraction de refus d'obtempérer prévue au par. 254(5) est boiteuse. Bien qu'elle appartienne au même régime législatif, l'infraction de refus d'obtempérer diffère foncièrement des autres infractions de conduite avec facultés affaiblies. La perpétration de l'infraction de refus d'obtempérer tient à la désobéissance à une sommation légale, alors que la commission de l'infraction de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg » tient au fait d'avoir pris le volant avec une alcoolémie supérieure à la limite légale. Il n'est donc pas injuste qu'une personne qui refuse d'obtempérer à un ordre illégal soit acquittée, alors que si la même personne obtempère et fait l'objet d'une accusation d'alcoolémie « supérieure à 80 mg », les raccourcis en matière de preuve demeurent applicables. Cela n'incitera pas à désobéir à un ordre de fournir un échantillon d'haleine. La personne qui refuse délibérément de se soumettre à l'alcootest routier fait un pari risqué. Si l'ordre est par la suite jugé légal, elle pourrait être déclarée coupable même si son alcoolémie était inférieure à la limite prescrite.

Point n'est besoin de décider si l'arrêt *Rilling* est erroné ou non selon le droit qui s'appliquait à l'époque, car la crainte exprimée par les juges minoritaires dans cet arrêt n'a plus lieu d'être de nos jours. La fiabilité scientifique des résultats d'un alcootest correctement utilisé ne fait plus aucun doute. Désormais, l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de pair avec son par. 24(2), offre une protection complète et directe contre la fouille, la perquisition ou la saisie abusive, y compris celles visant un échantillon d'haleine. À l'opposé, l'impossibilité d'utiliser les raccourcis en matière de preuve de l'art. 258 ne constitue pas une véritable réparation dans le cas d'un ordre illégal de la police et ne confère



an accused — it merely requires the Crown to call two unnecessary witnesses to arrive at the same result. Such an approach would be antithetical to the Court’s recent jurisprudence emphasizing the importance of participants in the criminal justice system working together to achieve fair and timely justice.

As a lawful demand was not a precondition to the s. 258 evidentiary shortcuts, there is no basis in this case for appellate interference and A’s conviction must be upheld.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Brown and Rowe JJ. (dissenting): The requirement for reasonable grounds to demand a breath sample under s. 254(3) of the *Code* is a precondition to the operation of the presumptions in ss. 258(1)(c) and 258(1)(g). *Rilling* is therefore no longer good law. A balancing between the values of correctness and certainty leads to the conclusion that the need to correct the law predominates in this case. As a result, A’s appeal should be allowed, his conviction set aside and a new trial ordered.

*Rilling* is based on an incorrect view that relevant evidence is admissible even if it is unlawfully obtained. Such an interpretation conflates the issues of admissibility under common law with the operation of the evidentiary shortcuts, per s. 258(1) of the *Code*. This interpretation has been attenuated by later jurisprudence which identifies the distinction between admissibility and preconditions to evidentiary shortcuts, and by the importance of a statutory precondition of reasonable and probable grounds being satisfied to ensure a lawful search and seizure in s. 8 *Charter* context. It has also been attenuated by the modern approach to statutory interpretation.

Reading ss. 258(1)(c) and 258(1)(g) in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament, the reasoning in *Rilling* cannot withstand scrutiny. The phrase “pursuant to a demand made under subsection 254(3)” does not simply identify the sample to which the provision applies. That such words are meaningless is not plausible. This alternate interpretation would mean that the other requirements of s. 254(3), such as the requirement that the demand be made by a peace officer or that the demand be made as soon as practicable, are also not required for the evidentiary shortcuts to apply. This would mean that the Crown

aucun avantage de fond ou de procédure à l’accusé : elle ne fait qu’obliger le ministère public à présenter inutilement deux témoins pour parvenir au même résultat. Une telle approche irait à l’encontre d’un arrêt récent de la Cour qui souligne l’importance de la collaboration des participants au système de justice criminelle afin que justice soit rendue promptement et équitablement.

L’application des raccourcis en matière de preuve de l’art. 258 n’étant pas subordonnée à la légalité de l’ordre, rien ne justifie en l’espèce une intervention en appel, et la déclaration de culpabilité de A doit être confirmée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Brown et Rowe (dissidents) : L’existence de motifs raisonnables de donner l’ordre de fournir un échantillon d’haleine en application du par. 254(3) du *Code* conditionne l’application des présomptions établies aux al. 258(1)(c) et g). La règle établie dans l’arrêt *Rilling* n’est donc plus valable. La mise en balance des valeurs que sont la justesse et la certitude permet de conclure que la nécessité de rectifier le droit l’emporte en l’espèce. C’est pourquoi l’appel de A devrait être accueilli, sa déclaration de culpabilité annulée et un nouveau procès ordonné.

L’arrêt *Rilling* prend appui sur l’opinion erronée qu’un élément de preuve pertinent est admissible même s’il a été obtenu illégalement. Pareille interprétation assimile la question de l’admissibilité de la preuve en common law à celle de l’application des raccourcis en matière de preuve suivant le par. 258(1) du *Code*. La valeur de cette interprétation a été affaiblie par un arrêt ultérieur dans lequel une distinction est établie entre l’admissibilité de la preuve et les conditions d’application des raccourcis en matière de preuve, de même que par l’importance de l’exigence légale de motifs raisonnables et probables pour que puisse être effectuée une fouille, une perquisition ou une saisie légitime suivant l’art. 8 de la *Charte*. La méthode moderne d’interprétation des lois a aussi contribué à cet affaiblissement.

Si on lit le libellé des al. 258(1)(c) et g) dans son contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur, le raisonnement de la Cour dans *Rilling* ne résiste pas à l’analyse. L’énoncé « conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3) » ne saurait seulement préciser la substance visée par la disposition. Que ces mots n’aient aucune raison d’être ne saurait être plausible. Retenir cette interprétation signifierait que les autres exigences du par. 254(3), par exemple que l’ordre soit donné par un agent de la paix ou qu’il le soit dans les meilleurs délais, ne conditionnent pas non plus l’application des raccourcis en matière de preuve.

would have the benefit of the evidentiary presumptions for any sample, irrespective of the conditions under which the demand was made. Furthermore, the interpretation that “pursuant to” imports the conditions under s. 254 as a pre-condition of the evidentiary presumptions under s. 258(1) is consistent with the position the minority endorsed in *Rilling* and with later appellate case law.

Reversing *Rilling* will not undermine the efficacy of the statutory scheme, or disrupt the proper administration of justice. In prosecuting “over 80” charges, where the peace officer acted without reasonable grounds, the Crown will not be able to rely on the evidentiary short-cuts. However, the Crown will still be able to prove its case where it has the evidence to do so, even if it takes longer. Thus, no injustice will arise. While the Crown may be inconvenienced, it is more important that these provisions of the *Code* be given their proper meaning and effect. As well, today’s criminal procedure framework is different from that which was in place when *Rilling* was decided. Current procedures, such as disclosure, charge screening and pre-trials, ensure that parties are aware of issues before a trial begins. The loss of evidentiary presumptions is a distinct issue from whether the certificate would be admissible, which is governed by the rules of evidence subject to any s. 8 *Charter* applications. Thus, there would be no ambush after the Crown had closed its case. The statutory scheme will still be able to function as it should without the rule in *Rilling*.

### Cases Cited

By Moldaver J.

**Considered:** *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183; **referred to:** *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *R. v. Vanderbruggen* (2006), 206 C.C.C. (3d) 489; *R. v. Ware* (1975), 30 C.R.N.S. 308; *R. v. Forsyth* (1973),

Le ministère public bénéficierait ainsi des présomptions en matière de preuve pour tout échantillon, peu importe les circonstances dans lesquelles l’ordre aurait été donné. Qui plus est, cette interprétation voulant que le syntagme « conformément à » fasse des exigences de l’art. 254 une condition de l’application des présomptions en matière de preuve établies au par. 258(1) s’accorde avec l’opinion minoritaire dans *Rilling* et avec la décision subséquente d’une juridiction d’appel.

Écarter l’arrêt *Rilling* ne compromettrait pas le bon fonctionnement du régime législatif ni ne nuirait à la bonne administration de la justice. S’il dépose des accusations pour conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg » alors que l’agent de la paix a agi sans motifs raisonnables, le ministère public ne pourra recourir aux raccourcis en matière de preuve. Cependant, il pourra quand même établir sa preuve s’il a en main les éléments nécessaires, même s’il lui faudra plus de temps. Il n’y aura donc aucune injustice. Le ministère public en subira peut-être certains inconvénients, mais il est plus important d’interpréter et d’appliquer correctement ces dispositions du *Code*. Aussi, l’encadrement procédural de l’instance criminelle diffère aujourd’hui de ce qu’il était lorsque l’arrêt *Rilling* a été rendu. Les mesures actuelles que sont par exemple la communication de la preuve, le filtrage des accusations et la conférence préparatoire permettent aux parties de connaître à l’avance les questions qui feront l’objet du procès. La question de la privation de l’accès aux présomptions en matière de preuve se distingue de celle de l’admissibilité du certificat, laquelle est régie par les règles de preuve, sous réserve de la présentation de demandes sous le régime de l’art. 8 de la *Charte*. Il n’y aura donc pas d’embuscade après que le ministère public aura clos sa preuve. Le régime législatif continuera de s’appliquer comme il se doit malgré la mise à l’écart de la règle de l’arrêt *Rilling*.

### Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

**Arrêt examiné :** *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183; **arrêts mentionnés :** *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *R. c. Vanderbruggen* (2006), 206 C.C.C. (3d) 489; *R. c. Ware* (1975), 30 C.R.N.S. 308; *R. c. Forsyth*

15 C.C.C. (2d) 23; *R. v. Charette*, 2009 ONCA 310, 243 C.C.C. (3d) 480; *R. v. Anderson*, 2013 QCCA 2160, 9 C.R. (7th) 203; *R. v. Forsythe*, 2009 MBCA 123, 250 C.C.C. (3d) 90; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *R. v. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150; *R. v. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. MacDonald* (1974), 22 C.C.C. (2d) 350; *R. v. Moser* (1992), 7 O.R. (3d) 737; *R. v. Plamondon* (1997), 121 C.C.C. (3d) 314; *R. v. Plummer* (2006), 83 O.R. (3d) 528; *Taraschuk v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 385.

By Rowe J. (dissenting)

*Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183; *R. v. Charette*, 2009 ONCA 310, 94 O.R. (3d) 721; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *R. v. Wray*, [1970] 2 O.R. 3; *R. v. Orchard*, [1971] 1 W.W.R. 535, aff'd [1971] 2 W.W.R. 639; *R. v. Showell*, [1971] 3 O.R. 460; *R. v. Flegel* (1971), 5 C.C.C. (2d) 155, aff'd (1972), 7 C.C.C. (2d) 55; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Dastous v. Matthews-Wells Co.*, [1950] S.C.R. 261; *Minister of National Revenue v. Armstrong*, [1956] S.C.R. 446; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254; *R. v. Searle*, 2006 NBCA 118, 308 N.B.R. (2d) 216; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 11(b), 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25(4), 31(1), 46(2)(b), 52(1)(b), 91(4), 127(1), 145(1), 253, 254, 258, 270.  
*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 16.  
*Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, s. 234(1).

### Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 6th ed. by Angus Stevenson. Oxford: Oxford University Press, 2007, "pursuant to".

(1973), 15 C.C.C. (2d) 23; *R. c. Charette*, 2009 ONCA 310, 243 C.C.C. (3d) 480; *R. c. Anderson*, 2013 QCCA 2160, 9 C.R. (7th) 203; *R. c. Forsythe*, 2009 MBCA 123, 250 C.C.C. (3d) 90; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *R. c. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150; *R. c. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. MacDonald* (1974), 22 C.C.C. (2d) 350; *R. c. Moser* (1992), 7 O.R. (3d) 737; *R. c. Plamondon* (1997), 121 C.C.C. (3d) 314; *R. c. Plummer* (2006), 83 O.R. (3d) 528; *Taraschuk c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 385.

Citée par le juge Rowe (dissident)

*Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183; *R. c. Charette*, 2009 ONCA 310, 94 O.R. (3d) 721; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *R. c. Wray*, [1970] 2 O.R. 3; *R. c. Orchard*, [1971] 1 W.W.R. 535, conf. par [1971] 2 W.W.R. 639; *R. c. Showell*, [1971] 3 O.R. 460; *R. c. Flegel* (1971), 5 C.C.C. (2d) 155, conf. par (1972), 7 C.C.C. (2d) 55; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Dastous c. Matthews-Wells Co.*, [1950] R.C.S. 261; *Minister of National Revenue c. Armstrong*, [1956] R.C.S. 446; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254; *R. c. Searle*, 2006 NBCA 118, 308 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 216; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 11(b), 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 25(4), 31(1), 46(2)(b), 52(1)(b), 91(4), 127(1), 145(1), 253, 254, 258, 270.  
*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, c. 38, art. 16.  
*Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, art. 234(1).

### Doctrine et autres documents cités

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.  
*Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd. par Josette Rey-Debove et Alain Rey, dir., Paris, Le Robert, 2012, « conformément à ».

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Harris and Goepel JJ.A.), 2015 BCCA 435, 377 B.C.A.C. 301, 648 W.A.C. 301, 328 C.C.C. (3d) 448, 24 C.R. (7th) 138, 344 C.R.R. (2d) 158, 86 M.V.R. (6th) 179, [2015] B.C.J. No. 2267 (QL), 2015 CarswellBC 3000 (WL Can.), affirming a decision of Schultes J., 2014 BCSC 2328, 71 M.V.R. (6th) 228, [2014] B.C.J. No. 3036 (QL), 2014 CarswellBC 3675 (WL Can.), affirming the accused’s summary conviction for impaired driving. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Abella, Brown and Rowe JJ. dissenting.

*Michael F. Welsh*, for the appellant.

*Rodney Garson*, for the respondent.

*James V. Palangio* and *Michael Medeiros*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Adam Little*, *Jonathan M. Rosenthal* and *Shannon S. W. O’Connor*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

The judgment of Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

## I. Background and Overview

[1] Each year, drunk drivers cause tremendous suffering and loss of life on Canada’s roadways. Tragically, drinking and driving offences remain one of the most common crimes in Canada — and they place a substantial burden on the criminal justice system.

[2] To address the challenges posed by the large number of drinking and driving offences, Parliament has, over the years, taken steps to simplify and streamline the trial process. One such step, which

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Harris et Goepel), 2015 BCCA 435, 377 B.C.A.C. 301, 648 W.A.C. 301, 328 C.C.C. (3d) 448, 24 C.R. (7th) 138, 344 C.R.R. (2d) 158, 86 M.V.R. (6th) 179, [2015] B.C.J. No. 2267 (QL), 2015 CarswellBC 3000 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Schultes, 2014 BCSC 2328, 71 M.V.R. (6th) 228, [2014] B.C.J. No. 3036 (QL), 2014 CarswellBC 3675 (WL Can.), qui avait confirmé la déclaration de culpabilité par procédure sommaire de l’accusé pour conduite avec facultés affaiblies. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Abella, Brown et Rowe sont dissidents.

*Michael F. Welsh*, pour l’appelant.

*Rodney Garson*, pour l’intimée.

*James V. Palangio* et *Michael Medeiros*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Adam Little*, *Jonathan M. Rosenthal* et *Shannon S. W. O’Connor*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Version française du jugement des juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

## I. Contexte et aperçu

[1] Chaque année, au Canada, des conducteurs ivres causent de grandes souffrances et fauchent de nombreuses vies. Les infractions liées à la conduite avec facultés affaiblies demeurent malheureusement parmi les infractions les plus répandues au pays et elles imposent un lourd tribut au système de justice criminelle.

[2] Face aux difficultés soulevées par le grand nombre de dossiers d’alcool au volant, le législateur a pris des mesures au fil des ans afin de simplifier et de rationaliser le déroulement des instances. L’une

dates back to 1969, involved the introduction of evidentiary shortcuts into the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.<sup>1</sup> These shortcuts, now found in ss. 258(1)(c) and 258(1)(g) of the *Code*, permit the Crown to establish an accused's blood-alcohol concentration at the time of the alleged offence by filing a certificate recording the accused's breath readings.

[3] In the case of “over 80” charges,<sup>2</sup> this relieves the Crown from having to call two witnesses at every trial: (1) a breath technician to attest to the accuracy of the breath readings; and (2) an expert toxicologist to relate the readings back to the time when the alleged offence occurred.

[4] To ensure that these evidentiary shortcuts yield reliable evidence, Parliament built a number of preconditions into the scheme, the most notable being that the breath samples have to be taken within a prescribed period of time following the alleged offence; the samples have to be provided directly into an approved container or instrument; and the instrument has to be operated by a properly qualified technician.

[5] The issue in this appeal is whether, in addition to the three preconditions just mentioned, the Crown must also establish that the demand for the breath sample made by the police was a “lawful” demand before it can take advantage of the evidentiary shortcuts.

[6] In *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183, a majority of this Court held that it was unnecessary for the Crown to prove a lawful demand in order to rely on the evidentiary shortcuts. This appeal raises the question of whether *Rilling* remains good law.

d’elles, qui remonte à 1969, a consisté à prévoir dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, des raccourcis en matière de preuve<sup>1</sup>. Désormais prévus aux al. 258(1)(c) et g) du *Code*, ces raccourcis permettent au ministère public d’établir, au moyen d’un certificat attestant les résultats de l’analyse des échantillons d’haleine, l’alcoolémie de l’accusé au moment où il aurait commis l’infraction.

[3] Dans le cas d’une accusation d’alcoolémie « supérieure à 80 mg »<sup>2</sup>, les raccourcis dispensent le ministère public de l’obligation de présenter deux témoins à chaque procès, à savoir (1) un technicien qui atteste l’exactitude des résultats de l’alcootest et (2) un toxicologue expert qui relie les résultats au moment où l’infraction aurait été commise.

[4] Afin d’assurer la fiabilité de la preuve obtenue au moyen des raccourcis, le législateur a intégré au régime un certain nombre de conditions d’application. Les principales sont l’obligation de prélever les échantillons d’haleine dans un délai précis après l’infraction reprochée, celle de recevoir les échantillons directement dans un contenant ou un appareil approuvé et celle de confier la manipulation de l’appareil à un technicien dûment qualifié.

[5] La question en litige dans le pourvoi est de savoir si, outre son obligation de satisfaire aux trois conditions susmentionnées, le ministère public doit aussi établir la « légalité » de l’ordre du policier de fournir un échantillon d’haleine pour se prévaloir des raccourcis en matière de preuve.

[6] Dans l’arrêt *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183, les juges majoritaires de la Cour statuent que le ministère public n’a pas à établir la légalité de l’ordre pour bénéficier des raccourcis en matière de preuve. Il nous faut aujourd’hui décider si leur décision est toujours valable.

<sup>1</sup> *Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 16.

<sup>2</sup> The offence of “over 80” prohibits anyone from driving a motor vehicle with a blood-alcohol concentration that exceeds 80 mg of alcohol in 100 ml of blood (s. 253(1)(b) of the *Code*).

<sup>1</sup> *Loi de 1968-69 modifiant le droit criminel*, 1968-69, S.C. 1968-69, c. 38, art. 16.

<sup>2</sup> Commet l’infraction d’alcoolémie « supérieure à 80 mg » la personne qui conduit un véhicule à moteur lorsque son alcoolémie dépasse 80 mg d’alcool par 100 ml de sang (al. 253(1)(b) du *Code*).

[7] The facts of the present case are straightforward. On April 21, 2012, the police stopped a vehicle driven by the appellant, Mr. Alex, and conducted a typical drinking and driving investigation. After Mr. Alex failed a roadside screening device test, the police officer demanded that he accompany the officer to the police station to provide samples of his breath. Mr. Alex complied and registered readings significantly over the legal limit. Accordingly, Mr. Alex was charged with driving “over 80”, contrary to s. 253 of the *Code*.

[8] At trial, it was uncontested that Mr. Alex provided the breath samples into an approved instrument operated by a qualified technician within the prescribed time periods, and that the readings were reliable. However, Mr. Alex argued that the breath sample demand was unlawful because the police lacked reasonable grounds to make it. Rather than bringing a challenge to exclude the evidence under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, he chose instead to argue that the absence of reasonable grounds for the demand deprived the Crown of the s. 258 evidentiary shortcuts.

[9] Although the trial judge agreed that the grounds were insufficient, he applied *Rilling* and permitted the Crown to file a certificate of analysis as proof of Mr. Alex’s blood-alcohol concentration at the time of the alleged offence. Mr. Alex presented no defence and he was convicted of driving “over 80”.

[10] Successive appeals by Mr. Alex to the British Columbia Supreme Court (2014 BCSC 2328, 71 M.V.R. (6th) 228) and British Columbia Court of Appeal (2015 BCCA 435, 377 B.C.A.C. 301) were dismissed on the basis that *Rilling* remained binding. Before this Court, Mr. Alex submits that *Rilling* is no longer good law. He says it was wrongly decided and should be reversed.

[11] With respect, unlike my colleague Justice Rowe, I find it unnecessary to determine whether *Rilling* was correctly decided under the law as it existed over four decades ago. When ss. 258(1)(c)

[7] Les faits du présent dossier sont assez simples. Le 21 avril 2012, un policier a intercepté le véhicule conduit par l’appelant, M. Alex, puis a effectué un contrôle de routine en matière d’alcool au volant. Après qu’il eut obtenu un résultat positif à l’alcooltest routier, M. Alex s’est vu enjoindre d’accompagner le policier au poste pour le prélèvement d’échantillons d’haleine. Il a obtempéré. Les résultats des analyses ont révélé une alcoolémie bien supérieure à la limite légale. M. Alex a donc été accusé de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg », soit l’infraction prévue à l’art. 253 du *Code*.

[8] Ni le prélèvement des échantillons au moyen d’un appareil approuvé manipulé par un technicien qualifié dans les délais prescrits, ni la fiabilité des résultats obtenus n’ont été contestés au procès. M. Alex a cependant soutenu que l’ordre de se soumettre à l’alcooltest était illégal, car le policier n’avait pas de motifs raisonnables de le donner. Au lieu d’invoquer l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* afin de faire écarter la preuve, il a fait valoir que l’absence de motifs raisonnables de donner l’ordre empêchait le ministère public de recourir aux raccourcis en matière de preuve que prévoit l’art. 258.

[9] Le juge du procès a reconnu le caractère insuffisant des motifs, mais il a appliqué l’arrêt *Rilling* et permis au ministère public de déposer un certificat d’analyse pour prouver l’alcoolémie de M. Alex au moment où l’infraction aurait été commise. M. Alex n’a offert aucune défense et a été déclaré coupable de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg ».

[10] La Cour suprême de la Colombie-Britannique (2014 BCSC 2328, 71 M.V.R. (6th) 228), puis la Cour d’appel de la même province (2015 BCCA 435, 377 B.C.A.C. 301) ont rejeté les appels successifs de M. Alex au motif que la règle de l’arrêt *Rilling* valait toujours. Devant notre Cour, M. Alex soutient que *Rilling* n’est plus valable, qu’il est erroné et qu’il doit être infirmé.

[11] Soit dit en tout respect pour l’opinion contraire de mon collègue le juge Rowe, il me paraît inutile de décider si, dans *Rilling*, la Cour applique correctement ou non le droit qui était en vigueur il y a plus

and 258(1)(g) are analyzed in accordance with the modern principles of statutory interpretation, I am satisfied that the Crown need not prove that the demand was lawful in order to take advantage of the shortcuts. If the taking of the samples is subjected to *Charter* scrutiny, and the evidence of the breath test results is found to be inadmissible by virtue of ss. 8 and 24(2) of the *Charter*, that will end the matter. Resort to the evidentiary shortcuts will be a non-issue. On the other hand, if the taking of the samples is subjected to s. 8 *Charter* scrutiny, and the breath test results are found to be admissible in evidence — either because no s. 8 breach occurred or because the evidence survived s. 24(2) *Charter* scrutiny — the shortcuts should remain available to the Crown.

[12] The singular effect of concluding otherwise would be to require two additional witnesses to attend court to give evidence on matters which have no connection to the lawfulness of the breath demand — and only serve to add to the costs and delays in an already overburdened criminal justice system. No one gains under this approach — but society as a whole loses out as precious court time and resources are squandered. The evidentiary shortcuts were designed by Parliament to simplify and streamline drinking and driving proceedings. A lawful demand requirement does not further Parliament’s intent; rather, it serves to frustrate it.

[13] I would accordingly dismiss the appeal.

## II. Analysis

### A. *The Statutory Regime*

[14] The provisions at the centre of this appeal are found in ss. 254 and 258 of the *Code*. They are reproduced in the Appendix. I propose to review only the relevant portions of each.

de quatre décennies. Je suis convaincu que, interprétés au regard des principes modernes d’interprétation législative, les al. 258(1)c) et g) n’exigent pas du ministère public qu’il établisse la légalité de l’ordre pour qu’il puisse se prévaloir des raccourcis. Si le prélèvement d’échantillons fait l’objet d’un examen au regard de la *Charte* et que la preuve des résultats de l’alcootest est jugée irrecevable par application de l’art. 8 ou du par. 24(2) de la *Charte*, le débat prend alors fin. La question de l’accès aux raccourcis en matière de preuve ne se pose pas. Par contre, si le prélèvement fait l’objet d’un examen au regard de l’art. 8 de la *Charte* et que les résultats de l’alcootest sont jugés admissibles en preuve — soit parce qu’il n’y a pas eu d’atteinte au droit garanti par l’art. 8, soit parce que la preuve a survécu à l’application du par. 24(2) de la *Charte* —, le ministère public devrait toujours pouvoir bénéficier des raccourcis.

[12] Tirer une conclusion contraire aurait seulement pour effet d’exiger la présentation au procès de deux témoignages de plus sur des points qui n’ont rien à voir avec la légalité de l’ordre de fournir un échantillon d’haleine et ne ferait qu’accroître les coûts et les délais dans un système de justice criminelle déjà surchargé. Nul n’en sortirait gagnant, mais le temps et les ressources déjà comptés des tribunaux seraient gaspillés au détriment de la société dans son ensemble. Le législateur a prévu les raccourcis en matière de preuve afin de simplifier et de rationaliser le déroulement de l’instance dans les affaires d’alcool au volant. Exiger la preuve de la légalité de l’ordre de fournir un échantillon d’haleine ne favoriserait pas la réalisation de l’objectif du législateur, mais la contrecarrerait.

[13] Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Analyse

### A. *Le régime législatif*

[14] Les articles 254 et 258 du *Code* sont au cœur du présent pourvoi. Ils sont reproduits en annexe. Je propose de n’examiner que les passages pertinents de chacun d’eux.

[15] Section 254(3) authorizes the police to demand a breath sample from an individual. It sets out the statutory preconditions that must be met for the demand to be lawful, including the precondition at issue in this case, namely, that the police must have reasonable grounds to believe the person is committing or has committed a drinking and driving offence under s. 253 of the *Code*:

**254 . . .**

. . . .

(3) If a peace officer has reasonable grounds to believe that a person is committing, or at any time within the preceding three hours has committed, an offence under section 253 as a result of the consumption of alcohol, the peace officer may, by demand made as soon as practicable, require the person

(a) to provide, as soon as practicable,

(i) samples of breath that, in a qualified technician's opinion, will enable a proper analysis to be made to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood . . .

[16] Sections 258(1)(c) and 258(1)(g) of the *Code* contain the three evidentiary shortcuts at issue in this appeal:

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

(i) [Repealed before coming into force, 2008, c. 20, s. 3]

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

[15] Le paragraphe 254(3) autorise le policier à ordonner à une personne de lui fournir un échantillon d'haleine. Il énonce les conditions de la légalité de l'ordre, dont celle visée en l'espèce voulant que le policier ait des motifs raisonnables de croire que la personne commet ou a commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies prévue à l'art. 253 du *Code* :

**254 . . .**

. . . .

(3) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des trois heures précédentes, une infraction prévue à l'article 253 par suite d'absorption d'alcool peut, à condition de le faire dans les meilleurs délais, lui ordonner :

a) de lui fournir dans les meilleurs délais les échantillons suivants :

(i) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable permettant de déterminer son alcoolémie. . .

[16] Les alinéas 258(1)c) et g) du *Code* établissent les trois raccourcis en matière de preuve qui sont visés en l'espèce :

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante [. . .] de l'alcoolémie de l'accusé tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise [. . .] :

(i) [Abrogé avant d'entrer en vigueur, 2008, c. 20, art. 3]

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcooltest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,



(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the analyses so made is conclusive proof that the concentration of alcohol in the accused's blood both at the time when the analyses were made and at the time when the offence was alleged to have been committed was . . . the concentration determined by the analyses . . .

(g) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

(A) [Repealed before coming into force, 2008, c. 20, s. 3]

(B) the time when and place where each sample . . . was taken, and

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate;

[17] Section 258(1)(g) creates a statutory exception to the common law hearsay rule. It permits a certificate of analysis, which sets out the accused's breath test results, to be filed for the truth of its contents without the need for *viva voce* evidence.

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié;

g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient :

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé des échantillons :

(A) [Abrogé avant d'entrer en vigueur, 2008, c. 20, art. 3]

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon [a] été prélev[é],

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui;

[17] L'alinéa 258(1)g crée une exception d'origine législative à la règle du oui-dire de la common law. Il permet le dépôt en preuve du certificat d'analyse, qui fait état des résultats de l'alcootest subi par l'accusé, pour établir la véracité de son contenu sans que son auteur n'ait à témoigner à l'appui.

[18] Section 258(1)(c) then provides two inferences that may be presumptively drawn from the certificate. The first inference, referred to as the presumption of accuracy, is that the breath readings in the certificate are accurate measures of the accused's blood-alcohol concentration. This presumption dispenses with the need to call the qualified technician who administered the tests to verify their accuracy.

[19] The second inference, known as the presumption of identity, provides that the breath test results also identify the accused's blood-alcohol concentration at the time of the alleged offence. This presumption avoids the need to call an expert toxicologist to interpret or "read-back" the breath readings with a view to identifying the accused's blood-alcohol concentration at the time of the alleged offence.

[20] The three evidentiary shortcuts streamline the trial proceedings by permitting an accused's blood-alcohol concentration at the time of the alleged offence to be presumptively proven through the filing of a certificate of analysis. To be clear, these shortcuts do not affect whether the accused's breath readings are admissible or not. They affect only the *manner of admission* — specifically, whether the Crown must call two additional witnesses: one to verify the accuracy of the certificate and enter it as an exhibit, and the other to opine on the accused's blood-alcohol concentration at the time of the alleged offence — matters which have no connection to the lawfulness of the breath demand. This was made clear in *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663, at pp. 673-74, where the Court observed that the breath readings remain admissible at common law through *viva voce* evidence, irrespective of whether the shortcuts apply.

[21] The central question in this appeal is whether the opening words of each s. 258 evidentiary shortcut — "where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3)" — refer specifically to a *lawful*

[18] L'alinéa 258(1)(c) énonce ensuite deux inférences qui peuvent être tirées du certificat. La première — la présomption d'exactitude — veut que l'alcoolémie qui est constatée dans le certificat représente la mesure exacte de la concentration d'alcool dans le sang de l'accusé. Cette présomption dispense le ministère public de l'obligation de faire témoigner le technicien qualifié qui a soumis l'accusé à l'alcootest pour confirmer l'exactitude des résultats.

[19] La seconde inférence — la présomption d'identité — veut que les résultats de l'alcootest correspondent à l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise. Elle dispense le ministère public de l'obligation de faire témoigner un toxicologue expert pour interpréter les résultats afin d'établir l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise.

[20] Les trois raccourcis rationalisent le déroulement de l'instance en permettant que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise soit établie par voie de présomption au moyen du dépôt du certificat d'analyse. Précisons toutefois que ces raccourcis n'ont pas d'incidence sur l'admissibilité des résultats de l'accusé à l'alcootest. Ils ne touchent que la *manière dont ceux-ci peuvent être admis*, plus particulièrement l'obligation du ministère public de faire entendre deux témoins supplémentaires, l'un pour confirmer l'exactitude du certificat et le déposer en preuve, l'autre pour se prononcer sur l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise, ce qui n'a rien à voir avec la légalité de l'ordre de fournir l'échantillon d'haleine. La Cour le dit clairement dans l'arrêt *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663, p. 673-674, où elle fait observer que, en common law, les résultats d'analyse peuvent toujours être admis au moyen d'une preuve de vive voix, que les raccourcis s'appliquent ou non.

[21] La principale question à trancher est de savoir si le libellé introductif de chacun des alinéas du par. 258 qui prévoient un raccourci — « lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu

demand made under s. 254(3), which, among other things, is predicated on the police having reasonable grounds to make the demand.

### B. *Mr. Alex's Position*

[22] Mr. Alex advances three main submissions in support of his interpretation that a lawful demand is required under s. 254(3) for the evidentiary short-cuts to apply. First, he submits that the plain meaning of the opening words of the text, referred to in the preceding paragraph, requires that the demand be shown to be lawful. Second, he revives the dissenting opinion in *Rilling* that Parliament intended the provisions to include a lawful demand precondition to provide “another protection of the accused” in the face of police powers of compulsion (*Rilling*, at p. 194), adding that the adoption of the *Charter* should reinforce the importance of this protection. Finally, he contends that this interpretation is necessary to achieve harmony, both textual and as a matter of policy, with the s. 254(5) offence of refusing to comply with a breath demand.

[23] These arguments are addressed in turn below. With respect, I find each to be unconvincing.

### C. *Statutory Interpretation*

[24] The modern approach to statutory interpretation is now well established. It requires that the words of a provision 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”: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.

du paragraphe 254(3) »<sup>3</sup> — renvoie expressément à un ordre *légal* donné en vertu du par. 254(3), ce qui suppose notamment que le policier ait eu des motifs raisonnables de donner l'ordre.

### B. *Thèse de M. Alex*

[22] M. Alex avance trois arguments principaux à l'appui de son interprétation selon laquelle l'ordre donné en vertu du par. 254(3) doit être légal pour que s'appliquent les raccourcis en matière de preuve. Premièrement, suivant son sens ordinaire, le libellé introductif susmentionné exigerait la preuve de la légalité de l'ordre. Deuxièmement, suivant l'opinion des juges dissidents de la Cour dans *Rilling*, le législateur aurait voulu subordonner l'application des dispositions en cause à la légalité de l'ordre, de sorte que l'accusé dispose d'« une autre sauvegarde » face aux pouvoirs de contrainte de la police (*Rilling*, p. 194). M. Alex ajoute que l'adoption de la *Charte* devrait confirmer l'importance de cette sauvegarde. Enfin, cette interprétation s'imposerait pour assurer l'harmonisation tant du texte que des principes sous-jacents avec l'infraction de refus d'obtempérer à un ordre de fournir un échantillon d'haleine prévue au par. 254(5).

[23] Ces arguments sont abordés successivement ci-après. Soit dit en tout respect, aucun d'eux n'est selon moi convaincant.

### C. *Interprétation législative*

[24] La méthode moderne d'interprétation législative est désormais bien établie : il faut lire les termes de la disposition [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87).

<sup>3</sup> Signalons que malgré l'invariabilité du texte anglais des deux alinéas, le libellé français de l'al. 258(1g) diffère légèrement : « . . . lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3) . . . ». Par souci de conformité à la jurisprudence, il n'est fait état que du libellé (plus juste par ailleurs) de l'al. 258(1c) dans les présents motifs.

(1) The Opening Words of the Provisions

[25] Beginning with the text of ss. 258(1)(c) and 258(1)(g), Mr. Alex argues that the phrase “pursuant to a demand made under subsection 254(3)” in the opening clause of each provision unambiguously supports his position that the evidentiary shortcuts apply only where a lawful demand is made under s. 254(3). When this phrase is viewed in isolation, I acknowledge that his position is arguable. However, two considerations cast doubt on Mr. Alex’s plain reading of the text.

[26] First, Parliament could easily have specified that the sample had to be taken “pursuant to a lawful demand”. There are many examples throughout the *Code* where Parliament has done just that. For instance, in s. 127(1) of the *Code*,<sup>3</sup> Parliament has made it clear that to convict a person for disobeying a court order, the underlying order must be “lawful”:

**127 (1)** Every one who, without lawful excuse, disobeys a lawful order made by a court of justice or by a person or body of persons authorized by any Act to make or give the order, other than an order for the payment of money, is, unless a punishment or other mode of proceeding is expressly provided by law, guilty of

- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

[27] Second, Mr. Alex’s interpretation is in tension with the structure of the provisions. Each includes an opening part followed by a specific list of preconditions that must be met before the evidentiary shortcuts can apply (ss. 258(1)(c)(i) to (iv) and 258(1)(g)(i) to (iii)). These preconditions share a common theme of ensuring that certain procedures

<sup>3</sup> Other examples include: ss. 25(4), 31(1), 46(2)(b), 52(1)(b), 91(4), 145(1) and 270(1) of the *Code*.

(1) Le libellé introductif des dispositions

[25] D’abord, en ce qui concerne le libellé des al. 258(1)c) et g), M. Alex soutient que dans la partie introductive de chacune de ces dispositions, l’énoncé « conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3) » étaye de manière non équivoque sa thèse voulant que les raccourcis ne s’appliquent que si un ordre est légalement donné en vertu du par. 254(3). Je reconnais que, si on considère l’énoncé isolément, sa thèse est défendable. Cependant, deux considérations font douter de la justesse de l’interprétation du texte selon son sens ordinaire qu’il préconise.

[26] Premièrement, il aurait été facile au législateur de préciser que l’échantillon devait être prélevé « conformément à un ordre légal ». Le *Code* regorge de dispositions dans lesquelles le législateur apporte cette précision. À titre d’exemple, le par. 127(1) du *Code*<sup>4</sup> indique clairement que, pour pouvoir déclarer une personne coupable de désobéissance à une ordonnance du tribunal, l’ordonnance sous-jacente doit être « légale » :

**127 (1)** Quiconque, sans excuse légitime, désobéit à une ordonnance légale donnée par un tribunal judiciaire ou par une personne ou un corps de personnes autorisé par une loi à donner ou décerner l’ordonnance, autre qu’une ordonnance visant le paiement d’argent, est, à moins que la loi ne prévoie expressément une peine ou un autre mode de procédure, coupable :

- a) soit d’un acte criminel passible d’un emprisonnement maximal de deux ans;
- b) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

[27] Deuxièmement, l’interprétation que préconise M. Alex va à l’encontre de l’organisation des dispositions. Chacune renferme un libellé introductif suivi de l’énumération des conditions qui doivent être réunies pour que les raccourcis puissent s’appliquer (sous-al. 258(1)c)(i) à (iv) et 258(1)g)(i) à (iii)). Ces conditions ont en commun d’assurer le respect de

<sup>4</sup> Mentionnons, entre autres exemples supplémentaires, les par. 25(4), 31(1), 91(4), 145(1) et 270(1), ainsi que les al. 46(2)b) et 52(1)b) du *Code*.

are followed in the taking and recording of a breath reading, all of which bear directly on the reliability of the evidentiary shortcuts. In particular, they set out requirements pertaining to the timing, method, instrument type and operator qualifications. The lawfulness of a breath demand does not mesh with this theme. It has no bearing on the reliability of the evidentiary shortcuts. Moreover, there is nothing in the text of the provisions to indicate that the various reliability-related preconditions listed in each are meant to be non-exhaustive. Mr. Alex's interpretation does not conform to this basic structure of the provisions. Instead, it calls for fragmented preconditions in separate clauses.

[28] In view of these considerations, it is not clear to me that a plain reading of the provisions supports Mr. Alex's position that the evidentiary shortcuts depend on a lawful demand.

[29] Mr. Alex submits, however, that unless his interpretation is adopted, the words in the opening clause are rendered meaningless. My colleague shares this view (para. 89).

[30] Respectfully, I disagree. In my view, the phrase "pursuant to a demand made under subsection 254(3)" simply identifies the bodily sample to which the provisions apply — that is, a breath sample. This reading finds support in the legislative history of the provisions. At the time of their initial enactment in 1969, they contained references to blood, urine, breath and other bodily samples. The opening words therefore played a meaningful role in clarifying the specific sample to which the provisions were meant to apply.

## (2) Plain Meaning Is Not Determinative

[31] This Court has repeatedly observed that plain meaning alone is not determinative and a statutory interpretation analysis is incomplete without considering the context, purpose and relevant legal norms: *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 43; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006]

certaines modalités lors du prélèvement d'un échantillon d'haleine et de son analyse, et elles ont toutes une incidence directe sur la fiabilité des raccourcis en matière de preuve. Elles portent en particulier sur le délai, la méthode, le type d'instrument et les qualifications du technicien. La légalité de l'ordre n'a rien à voir avec ces conditions. Elle n'a aucune incidence sur la fiabilité des raccourcis en matière de preuve. Qui plus est, aucun élément des dispositions n'indique que l'énumération des différentes conditions liées à la fiabilité se veut non exhaustive. L'interprétation défendue par M. Alex ne concorde pas avec cette organisation fondamentale des dispositions. Elle mène plutôt à la compartimentation des conditions dans des dispositions séparées.

[28] Au vu de ces considérations, il ne m'apparaît pas évident que le sens ordinaire des termes employés dans les dispositions étaye la thèse de M. Alex selon laquelle l'applicabilité des raccourcis en matière de preuve tient à la légalité de l'ordre.

[29] M. Alex soutient cependant que ne pas retenir l'interprétation qu'il préconise prive de sens le libellé introductif des dispositions. Mon collègue est du même avis (par. 89).

[30] Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord. L'énoncé « conformément à un ordre donné en vertu du par. 254(3) » précise simplement quelle substance corporelle vise la disposition, en l'occurrence l'haleine. Cette interprétation trouve appui dans l'historique législatif des dispositions. Au moment de leur adoption initiale en 1969, les dispositions renvoyaient aux échantillons de sang, d'urine, d'haleine ou d'autres substances corporelles. Le libellé introductif jouait donc un rôle important en précisant le type d'échantillon en cause.

## (2) Le sens ordinaire n'est pas décisif

[31] La Cour signale dans maints arrêts que le sens ordinaire n'est pas en soi déterminant et qu'une entreprise d'interprétation législative demeure incomplète sans l'examen du contexte, de l'objet et des normes juridiques pertinentes (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 43; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*,

1 S.C.R. 140, at para. 48; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 20-41. In the words of McLachlin C.J. and Deschamps J. in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, this is necessary because (para. 10):

Words that appear clear and unambiguous may in fact prove to be ambiguous once placed in their context. The possibility of the context revealing a latent ambiguity such as this is a logical result of the modern approach to interpretation.

[32] Ruth Sullivan makes a similar point in *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at § 2.9:

At the end of the day . . . the court must adopt an interpretation that is appropriate. An appropriate interpretation is one that can be justified in terms of (a) its plausibility, that is, its compliance with the legislative text; (b) its efficacy, that is, its promotion of legislative intent; and (c) its acceptability, that is, the outcome complies with accepted legal norms; it is reasonable and just.

[33] In sum, while Mr. Alex's interpretation may be an arguable reading of the opening words, it cannot prevail if it is at odds with the purpose and context of the provisions.

(3) The Purpose and Context of the Evidentiary Shortcuts

[34] When the plain meaning of the provisions is read harmoniously with their purpose and context, Parliament's intent becomes clear: the Crown need not establish the lawfulness of a breath demand for the evidentiary shortcuts in ss. 258(1)(c) and 258(1)(g) to apply. The overriding purpose of the evidentiary shortcuts is to streamline proceedings by dispensing with unnecessary evidence. The preconditions governing the evidentiary shortcuts are concerned with the reliability of the breath test results and their correlation to the accused's blood-alcohol concentration at the time of the offence. The lawfulness of a breath demand has no bearing on these matters. This purpose is distinct from

2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 48; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 20-41). Pour reprendre les propos de la juge en chef McLachlin et de la juge Deschamps dans *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, cet examen s'impose pour la raison suivante (par. 10) :

Des mots en apparence clairs et exempts d'ambiguïté peuvent, en fait, se révéler ambigus une fois placés dans leur contexte. La possibilité que le contexte révèle une telle ambiguïté latente découle logiquement de la méthode moderne d'interprétation.

[32] Dans son ouvrage *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), Ruth Sullivan abonde dans le même sens (§ 2.9) :

[TRADUCTION] En définitive, [. . .] le tribunal doit adopter l'interprétation qui est appropriée. Constitue une interprétation appropriée celle que peut justifier a) sa plausibilité, c'est-à-dire sa conformité au texte législatif, b) son efficacité, au sens où elle favorise la réalisation de l'intention du législateur et c) son acceptabilité, au sens où le résultat obtenu est conforme aux normes juridiques admises; il s'agit d'une interprétation juste et raisonnable.

[33] En résumé, bien que l'interprétation du libellé introductif préconisée par M. Alex puisse être défendable, elle ne peut être retenue si elle est contraire à l'objet et au contexte des dispositions.

(3) L'objet et le contexte des raccourcis en matière de preuve

[34] L'interprétation des dispositions selon le sens ordinaire qui s'harmonise avec leur objet et leur contexte fait apparaître clairement l'intention du législateur, à savoir que le ministère public n'ait pas à établir la légalité de l'ordre de fournir un échantillon d'haleine pour que s'appliquent les raccourcis en matière de preuve établis aux al. 258(1)c) et g). L'objectif primordial de ces raccourcis est de rationaliser le déroulement de l'instance en rendant certains témoignages superflus. Les conditions d'application des raccourcis ont trait à la fiabilité des résultats d'analyse des échantillons et à leur corrélation avec l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction. La légalité de l'ordre n'a pas d'incidence

that of s. 254(3), which establishes and defines police powers, including the prerequisites for a lawful breath demand. Although the general objective of the statutory drinking and driving regime is the same, “the specific purposes of each mechanism are different”: *Deruelle*, at p. 672. As I will explain, the overriding purpose of the evidentiary shortcuts — streamlining trial proceedings — would be frustrated by importing a lawful demand requirement.

(4) The Overriding Purpose of Streamlining Proceedings Would Be Frustrated by Importing a Lawful Demand Requirement

[35] Requiring the Crown to prove the lawfulness of the breath demand before the evidentiary shortcuts can apply would frustrate their overriding purpose: to streamline the trial process in this heavily litigated and complex area of the law. In *R. v. Vanderbruggen* (2006), 206 C.C.C. (3d) 489 (Ont. C.A.), Rosenberg J.A. urged a sensible and practical approach to interpreting the drinking and driving statutory regime, stating at para. 16:

To conclude, these provisions, which are designed to expedite trials and aid in proof of the suspect’s blood-alcohol level, should not be interpreted so as to require an exact accounting of every moment in the chronology. We are now far removed from the days when the breathalyser was first introduced into Canada and there may have been some suspicion and scepticism about its accuracy and value and about the science underlying the presumption of identity. These provisions must be interpreted reasonably in a manner that is consistent with Parliament’s purpose in facilitating the use of this reliable evidence. [Emphasis added.]

This sentiment has been echoed in other cases: *R. v. Ware*, 30 C.R.N.S. 308 (Ont. C.A.), at p. 315; *R. v. Forsyth* (1973), 15 C.C.C. (2d) 23 (Man. C.A.), at p. 26.

à cet égard. L’objectif de ces dispositions diffère de celui du par. 254(3), lequel énonce et circonscrit les pouvoirs policiers, notamment les conditions de la légalité de l’ordre de se soumettre à l’alcooltest. Bien qu’un même objectif général sous-tende le régime législatif applicable à la conduite avec facultés affaiblies, « les buts précis de chaque mécanisme sont différents » (*Deruelle*, p. 672). Comme je l’explique plus loin, l’objectif primordial des raccourcis en matière de preuve, à savoir rationaliser le déroulement de l’instance, serait contrecarré si l’applicabilité des raccourcis tenait à la légalité de l’ordre de fournir un échantillon d’haleine.

(4) L’objectif primordial de la rationalisation du déroulement de l’instance serait contrecarré si l’application des raccourcis tenait à la légalité de l’ordre

[35] Exiger du ministère public qu’il établisse la légalité de l’ordre de fournir un échantillon d’haleine pour pouvoir utiliser les raccourcis en matière de preuve contrecarrerait l’objectif primordial des dispositions, soit rationaliser le déroulement de l’instance dans ce domaine hautement litigieux et très complexe du droit. Dans l’arrêt *R. c. Vanderbruggen* (2006), 206 C.C.C. (3d) 489 (C.A. Ont.), le juge Rosenberg appelle vivement à une interprétation à la fois sensée et pragmatique du régime législatif applicable à la conduite avec facultés affaiblies :

[TRADUCTION] En conclusion, conçues pour accélérer le déroulement du procès et faciliter la preuve de l’alcoolémie du suspect, ces dispositions ne devraient pas être interprétées comme si elles exigeaient le compte rendu exact de chacun des éléments de la chronologie. Nous sommes désormais loin du temps où l’alcooltest constituait une nouveauté au Canada et où il pouvait soulever des doutes et susciter un certain scepticisme quant à son exactitude, à sa valeur et aux données scientifiques qui étayaient la présomption d’identité. Ces dispositions doivent être interprétées raisonnablement et d’une manière qui se concilie avec l’intention du législateur de faciliter le recours à cette preuve fiable. [Je souligne; par. 16.]

Cette opinion est reprise dans d’autres décisions (*R. c. Ware*, 30 C.R.N.S. 308 (C.A. Ont.), p. 315; *R. c. Forsyth* (1973), 15 C.C.C. (2d) 23 (C.A. Man.), p. 26).

[36] The evidentiary shortcuts are intended to avoid needless delays in drinking and driving proceedings. Yet if the Crown is required to prove that the demand is lawful before they can apply, this purpose will be frustrated with some frequency, given that the distinction between reasonable grounds and the absence of such grounds is often a fine one. Two witnesses will be required to attend court in order to prove that which a certificate of analysis reliably establishes. And this, in turn, will lead to unreasonable delays that are counterproductive to the administration of justice as a whole, without any compelling justification.

[37] I disagree with my colleague's suggestion that a loss of the evidentiary shortcuts will merely cause "inconvenienc[e]" to the Crown and make it take "longer to prove its case" (para. 98). The potential consequences of Mr. Alex's position should not be underestimated. In theory, the need for these extra witnesses would be confined to a limited minority of cases where a trial judge determines an unlawful demand was made. But in reality, because the lawfulness of a demand remains uncertain until a determination is made at trial, the practical consequences manifest themselves much earlier in the proceedings at the point of trial scheduling. And in drinking and driving cases, the lawfulness of a breath demand, and specifically the officer's grounds, are frequently in issue and can arise at any point, including during an officer's testimony at the trial.

[38] As a result, in many cases, trial scheduling would have to account for the possibility that two additional witnesses would be required to testify. This would extend estimated lengths of trial proceedings: one day trials would become two day trials, two day trials would become three days, and so on. In addition, the Crown would have to be prepared to call a breath technician and toxicologist in every case and limitations on their availability could add to the delay. And the effects do not end there. The consequences of trial scheduling are pervasive, creating backlogs and congestion throughout the

[36] Les raccourcis en matière de preuve visent à empêcher le prolongement inutile des procès pour conduite avec facultés affaiblies. Or, si le ministère public doit prouver la légalité de l'ordre pour pouvoir les utiliser, cet objectif sera contrecarré assez fréquemment, car la ligne de démarcation entre l'existence et l'inexistence de motifs raisonnables est souvent ténue. Deux témoins devront se présenter au tribunal pour confirmer ce qu'un certificat d'analyse établit déjà de manière fiable. S'ensuivront alors des délais déraisonnables qui nuiront à la bonne administration de la justice dans son ensemble, et ce, sans aucune raison impérieuse.

[37] Je ne peux convenir avec mon collègue que l'impossibilité d'utiliser les raccourcis ne causera que des « inconvénients » au ministère public et qu'il « faudra [seulement] plus de temps [à ce dernier] pour établir sa preuve » (par. 98). Il ne faut pas sous-estimer les conséquences que pourrait avoir la thèse de M. Alex si on y faisait droit. En théorie, les témoins supplémentaires en cause ne devraient être entendus que dans les rares cas où le juge du procès conclurait à l'illégalité de l'ordre. Or, dans les faits, les conséquences de leur obligation de témoigner se manifesteraient beaucoup plus tôt dans l'instance, dès la fixation de la date du procès, car la légalité de l'ordre demeurerait incertaine tant qu'il ne serait pas statué sur elle lors du procès. Et dans les affaires de conduite avec facultés affaiblies, la légalité de l'ordre et, plus précisément, les motifs pour lesquels le policier a donné l'ordre sont souvent objets de litige et peuvent être soulevés à tout moment, y compris pendant le témoignage du policier au procès.

[38] Ainsi, dans bien des cas, la date du procès devrait être fixée en tenant compte de la possibilité que deux témoins supplémentaires devront comparaître. La durée estimative du procès s'en trouverait accrue : les procès d'une journée deviendraient des procès de deux jours, ceux de deux jours, des procès de trois jours, etc. Par ailleurs, le ministère public serait obligé, dans chaque affaire, d'avoir à sa disposition un technicien d'alcootest et un toxicologue, et la disponibilité limitée de ces derniers pourrait ajouter aux délais. Et les effets ne s'arrêtent pas là. Les conséquences de l'inscription pour instruction



justice system as a whole. This raises the following question: For what purpose? The answer, as I will explain, is none, other than to provide an accused with a hollow form of protection against police misconduct which the *Charter* now accounts for in a much more satisfactory and meaningful way.

(5) The *Charter* Now Addresses the Concerns That Animated the Minority in *Rilling* About Providing Protection Against Unlawful Breath Demands

[39] In *Rilling*, this Court addressed a similarly worded evidentiary shortcut found in what was then s. 237(1)(f) of the *Code* (current s. 258(1)(g)). A majority of the Court (Martland, Judson, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.) concluded that the presumption of accuracy continued to operate regardless of whether an officer had the grounds needed to make a demand.<sup>4</sup>

[40] Justice Spence (Laskin C.J. and Dickson J. concurring) reached the opposite conclusion. The minority's reasons were driven by concerns that the majority's interpretation would remove a "protection of the accused" against unlawful breath demands:

The result of the judgment of the Appellate Division from which this appeal is taken as well as some of the decisions in other Provinces cited therein is to effectively remove another protection of the accused. I am of the opinion that the requirement in both s. 237(1)(c) and s. 237(1)(f) that the test should have been made pursuant to the demand under s. 235(1) was inserted by Parliament with the intention of limiting those cases where the analysis could be proved by a certificate of a qualified technician and then that such analysis would provide *prima facie* proof of the proportion of alcohol in

<sup>4</sup> Although the Court was focused on the presumption of accuracy, its decision has since been applied by courts as governing all three evidentiary shortcuts: *R. v. Charette*, 2009 ONCA 310, 243 C.C.C. (3d) 480, at paras. 35-38; *R. v. Anderson*, 2013 QCCA 2160, 9 C.R. (7th) 203, at paras. 42-52; *R. v. Forsythe*, 2009 MBCA 123, 250 C.C.C. (3d) 90, at paras. 22-23. The opening wording of both ss. 258(1)(c) and 258(1)(g) is identical and the parties in this appeal agree that a consistent approach should be taken towards them.

sont tentaculaires : dossiers en retard et engorgement du système de justice dans son ensemble. On peut se demander quel serait alors l'objectif poursuivi. Comme je l'explique plus loin, il n'y en a aucun, sinon celui d'offrir à l'accusé une sauvegarde illusoire contre l'inconduite policière que la *Charte* assure désormais bien mieux à tous égards.

(5) La *Charte* répond désormais aux inquiétudes des juges minoritaires dans *Rilling* quant à la protection du citoyen contre un ordre illégal de fournir un échantillon d'haleine

[39] Dans *Rilling*, notre Cour se prononce sur une disposition au libellé semblable prévoyant un raccourci en matière de preuve, soit l'al. 237(1)(f) du *Code* (l'actuel al. 258(1)(g)). Les juges majoritaires (Martland, Judson, Pigeon, Beetz et de Grandpré) concluent que la présomption d'exactitude demeure applicable que le policier ait eu ou non les motifs requis pour donner l'ordre<sup>5</sup>.

[40] Le juge Spence (avec l'appui du juge en chef Laskin et du juge Dickson) arrive à la conclusion contraire. L'opinion des juges minoritaires s'articule autour de la crainte que l'interprétation préconisée par les juges majoritaires ne prive l'accusé d'une « sauvegarde » contre un ordre illégal de fournir un échantillon d'haleine :

L'arrêt de la Division d'appel faisant l'objet du présent pourvoi ainsi que certaines des décisions rendues dans d'autres provinces et qui sont citées dans cet arrêt, ont pour effet de priver l'accusé d'une autre sauvegarde. Selon moi, le Parlement a inséré aux al. c) et f) du par. (1) de l'art. 237 l'exigence selon laquelle le test doit être fait conformément à une sommation faite en vertu du par. (1) de l'art. 235, dans le but de limiter les cas où l'analyse peut être prouvée par le dépôt d'un certificat d'un technicien qualifié et où une telle analyse constitue une preuve *prima facie* du taux d'alcoolémie du prévenu,

<sup>5</sup> Bien que la Cour se prononce principalement sur la présomption d'exactitude, les tribunaux appliquent sa décision comme si elle valait pour les trois raccourcis en matière de preuve (*R. c. Charette*, 2009 ONCA 310, 243 C.C.C. (3d) 480, par. 35-38; *R. c. Anderson*, 2013 QCCA 2160, 9 C.R. (7th) 203, par. 42-52; *R. c. Forsythe*, 2009 MBCA 123, 250 C.C.C. (3d) 90, par. 22-23). Le libellé introductif des al. 258(1)(c) et (g) est identique, et les parties au pourvoi conviennent qu'il y a lieu d'interpréter les alinéas de la même façon.

the blood of the accused only to those cases where the peace officer had, on reasonable and probable grounds, believed that the accused was or had been driving while impaired. This was only a proper requirement when the test was one which the citizen was required to submit to on penalty of committing an offence if he refused. [Emphasis added; p. 194.]

[41] This position is revived by Mr. Alex and the Criminal Lawyers' Association (Ontario) and is reinforced, in their opinion, by *Charter* values. Accordingly, Mr. Alex asks this Court to overrule *Rilling* as wrongly decided.

[42] In my view, it is unnecessary to determine whether *Rilling* was correctly decided under the law as it existed at that time and I would decline to do so. It is clear that the concerns about removing a safeguard against unlawful breath demands which animated the minority in *Rilling* have been addressed in the present day context. As the intervener the Attorney General of Ontario points out, in the years since *Rilling*, the scientific reliability of the results of properly administered breath tests is now firmly established: see *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, at paras. 40 and 72; *R. v. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 (Ont. C.A.); *R. v. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424, at paras. 42-47 and 65. And today, s. 8 of the *Charter* provides a comprehensive and direct protection against unreasonable searches and seizures, including those of breath samples: see *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at paras. 13-16 and 24. In combination with s. 24(2), s. 8 provides an effective recourse for challenging the lawfulness of breath demands and a meaningful remedy in the form of excluding the breath test results. Thus, s. 8 also addresses my colleague's concerns about ensuring that police are "conforming to the requirements of the law", including the "other requirements of s. 254(3), such as the requirement that the demand be made by a peace officer or that the demand be made as soon as practicable" (paras. 99 and 90).

[43] This role that s. 8 fulfills in relation to unlawful breath demands is consistent with the approach

uniquement à ceux où un agent de la paix croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, que le prévenu conduit ou conduisait pendant que sa capacité de conduire est ou était affaiblie. Ceci ne constituait qu'une exigence régulière à l'époque où le citoyen se rendait coupable d'une infraction s'il refusait de subir le test. [Je souligne; p. 194.]

[41] M. Alex et la Criminal Lawyers' Association (Ontario) reprennent ce point de vue et font valoir que les valeurs de la *Charte* confirment sa justesse. C'est pourquoi M. Alex demande à la Cour d'écarter l'arrêt *Rilling* au motif qu'il est erroné.

[42] À mon avis, point n'est besoin de décider si l'arrêt *Rilling* est erroné ou non selon le droit qui s'appliquait à l'époque, et je m'abstiens de le faire. Il est patent que la crainte des juges minoritaires dans cet arrêt que soit supprimée une sauvegarde contre un ordre illégal de fournir un échantillon d'haleine n'a plus lieu d'être de nos jours. Comme le signale l'intervenant le procureur général de l'Ontario, désormais, des années après *Rilling*, la fiabilité scientifique des résultats d'un alcootest correctement utilisé ne fait plus aucun doute (voir *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, par. 40 et 72; *R. c. Phillips* (1988), 42 C.C.C. (3d) 150 (C.A. Ont.); *R. c. Paszczenko*, 2010 ONCA 615, 103 O.R. (3d) 424, par. 42-47 et 65). En outre, de nos jours, l'art. 8 de la *Charte* offre une protection complète et directe contre la fouille, la perquisition ou la saisie abusive, y compris celles visant un échantillon d'haleine (voir *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 13-16 et 24). De pair avec le par. 24(2), l'art. 8 de la *Charte* offre une voie de recours efficace pour contester la légalité d'un ordre de fournir un échantillon d'haleine et permet d'obtenir une véritable réparation, soit l'exclusion des résultats d'analyse. Partant, l'art. 8 répond aussi à la préoccupation de mon collègue de faire en sorte que les policiers « respect[ent] [l]es exigences de la loi », telles « les autres exigences du par. 254(3), par exemple que l'ordre soit donné par un agent de la paix ou qu'il le soit dans les meilleurs délais » (par. 99 et 90).

[43] Cette fonction de l'art. 8 dans le cas d'un ordre illégal de fournir un échantillon d'haleine se

taken when the police fail to comply with the requirements of other statutory provisions governing their authority. For example, non-compliance with the statutory search warrant requirements does not result in automatic loss of the evidence — rather it is subject to challenge under s. 8 of the *Charter*: see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 278 and 280.

[44] By contrast, a loss of the s. 258 evidentiary shortcuts does not provide a meaningful remedy for an unlawful demand by the police. Indeed, I would hesitate to characterize it as a remedy at all. In reality, eliminating these evidentiary shortcuts achieves no substantive or procedural benefit for an accused. It merely requires the Crown to call two unnecessary witnesses — a breath technician and toxicologist — in order to arrive at the same result.<sup>5</sup> An unlawful breath demand does not affect the reliability of the inferences that flow from the shortcuts so as to make testimony from these witnesses necessary.

[45] In some cases, practical or resourcing limitations may prevent the Crown from being able to produce these two witnesses — and this could result in the case being lost. In my view, we should avoid an interpretation that forces the Crown to call unnecessary witnesses and promotes an outcome not based on the merits, but rather on the limitations of an overburdened criminal justice system. Indeed, such an approach would be antithetical to this Court's recent jurisprudence emphasizing the importance of participants in the criminal justice system working together to achieve fair and timely justice: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, at paras. 2-3 and 19-28.

[46] The minority in *Rilling* may have been influenced by the notion that a loss of the evidentiary shortcuts could provide a means of regulating police conduct in making breath demands. However,

<sup>5</sup> If an accused has a genuine concern over the accuracy of the certificate, it remains open to him or her to apply for leave to cross-examine the breath technician under s. 258(6) of the *Code*.

concilie avec la démarche qui s'impose lorsqu'un policier ne respecte pas les conditions prévues par d'autres dispositions législatives qui régissent ses pouvoirs. Par exemple, le non-respect des exigences légales en matière de mandat de perquisition n'emporte pas automatiquement le rejet de la preuve; il peut plutôt y avoir contestation sur le fondement de l'art. 8 de la *Charte* (voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278 et 280).

[44] À l'opposé, l'impossibilité pour le ministère public d'utiliser les raccourcis de l'art. 258 ne constitue pas une véritable réparation dans le cas d'un ordre illégal de la police. À vrai dire, j'hésite même à y voir une quelconque réparation. En fait, écarter ces raccourcis ne confère aucun avantage de fond ou de procédure à l'accusé. La mesure ne fait qu'obliger le ministère public à présenter inutilement deux témoins — un technicien d'alcootest et un toxicologue — pour parvenir au même résultat<sup>6</sup>. L'illégalité de l'ordre de fournir un échantillon d'haleine ne diminue pas la fiabilité des inférences qui découlent des raccourcis au point de rendre nécessaire le témoignage de ces personnes.

[45] Dans certains cas, des contraintes d'ordre pratique ou des ressources limitées peuvent empêcher le ministère public de présenter ces deux témoins, ce qui est susceptible d'entraîner le rejet de la poursuite. J'estime qu'il faut s'abstenir d'une interprétation qui oblige le ministère public à faire témoigner des personnes inutilement et qui favorise un dénouement basé non pas sur le bien-fondé de la poursuite, mais sur les limites d'un système de justice criminelle débordé. En effet, une telle approche irait à l'encontre d'un arrêt récent de notre Cour qui souligne l'importance de la collaboration des participants au système de justice criminelle afin que justice soit rendue promptement et équitablement (*R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, par. 2-3 et 19-28).

[46] Les juges minoritaires dans *Rilling* ont peut-être vu dans la privation de l'accès aux raccourcis un moyen d'encadrer la conduite du policier qui somme une personne de fournir un échantillon d'haleine.

<sup>6</sup> L'accusé qui doute sincèrement de l'exactitude du certificat peut toujours, suivant le par. 258(6) du *Code*, demander l'autorisation de contre-interroger le technicien.

the *Charter* now fulfills the role of regulating the lawfulness of police breath demands in a more effective and logical manner.

(6) The Comparison to the Section 254(5) Refusal Offence

[47] Finally, Mr. Alex submits that the s. 254(5) offence of refusing to provide a breath sample is relevant to the interpretation of the s. 258 evidentiary shortcuts. Section 254(5) states:

(5) Everyone commits an offence who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made under this section.

Mr. Alex points to the similarity between the opening words of the s. 258 evidentiary presumptions and the reference in s. 254(5) to “a demand made under this section”. The Criminal Lawyers’ Association (Ontario), in turn, relies on jurisprudence that has recognized a lawful demand as an element of the refusal offence: citing *R. v. MacDonald* (1974), 22 C.C.C. (2d) 350 (N.S.C.A.), at para. 35; see also *R. v. Moser* (1992), 7 O.R. (3d) 737 (C.A.), per Doherty J.A., concurring in the result. In addition, as a matter of policy, Mr. Alex submits it would be unfair and anomalous if the Crown only had to establish the lawfulness of a demand if an accused refused, but not if the accused complied with the demand.

[48] I have difficulty with this comparison for a number of reasons. First, the textual argument assumes that the language of s. 254(5) requires the lawfulness of the demand to be an element of the offence. In my view, however, this element is better thought of as arising from the general nature of the refusal offence — an offence which criminalizes disobedience in response to lawful compulsion. Notwithstanding the words “made under”, disobedience with unlawful compulsion is simply not criminal. For example, the unlawfulness of an arrest can provide a complete defence to the charge of resisting arrest under s. 270 of the *Code*: *R. v. Plamondon* (1997), 121 C.C.C. (3d) 314 (B.C.C.A.), at para. 29;

Cependant, la *Charte* régit désormais mieux et plus rationnellement la légalité d’un tel ordre.

(6) Le parallèle avec l’infraction de refus d’obtempérer prévue au par. 254(5)

[47] Enfin, M. Alex soutient que l’infraction consistant à refuser de fournir un échantillon d’haleine prévue au par. 254(5) est pertinente dans l’interprétation du par. 258, qui établit les raccourcis en matière de preuve. Le paragraphe 254(5) dispose :

(5) Commet une infraction quiconque, sans excuse raisonnable, omet ou refuse d’obtempérer à un ordre donné en vertu du présent article.

M. Alex relève la ressemblance du libellé introductif des alinéas de l’art. 258 établissant les présomptions avec celui du par. 254(5), qui renvoie à « un ordre donné en vertu du présent article ». La Criminal Lawyers’ Association (Ontario) invoque pour sa part une décision qui reconnaît que la légalité de l’ordre constitue un élément de l’infraction de refus d’obtempérer (citant *R. c. MacDonald* (1974), 22 C.C.C. (2d) 350 (C.A. N.-É.), par. 35; voir également *R. c. Moser* (1992), 7 O.R. (3d) 737 (C.A.), le juge Doherty, motifs concordants quant au résultat). M. Alex ajoute que, sur le plan de la politique générale, il ne serait ni juste ni normal que le ministère public soit tenu de prouver la légalité de l’ordre lorsque l’accusé a refusé d’obtempérer, mais pas lorsque ce dernier a obéi.

[48] Ce rapprochement me paraît boiteux pour plusieurs raisons. Premièrement, l’argument d’ordre textuel suppose que le libellé du par. 254(5) commande que la légalité de l’ordre constitue un élément de l’infraction. À mon sens, ce libellé tient davantage à la nature générale de l’infraction de refus d’obtempérer, qui criminalise la désobéissance à une sommation légale. Malgré l’emploi des mots « donné en vertu », la désobéissance à une sommation illégale n’équivaut tout simplement pas à un acte criminel. Par exemple, l’illégalité d’une arrestation peut constituer un moyen de défense complet à l’accusation de résistance à l’arrestation portée en application de l’art. 270 du *Code* (*R. c. Plamondon* (1997), 121

see also *R. v. Plummer* (2006), 83 O.R. (3d) 528 (C.A.), at paras. 1 and 48-49.

[49] This exposes a logical flaw in the analogy. While the refusal offence is part of the same statutory regime, it is different from other drinking and driving offences in substance. Culpability for the refusal offence is based on disobedience with lawful compulsion, whereas culpability for an “over 80” offence is based on driving with a blood-alcohol concentration over the legal limit. The lawfulness of the breath demand has no logical bearing on culpability for an “over 80” offence. As this Court observed in *Taraschuk v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 385, conflating the elements of the two offences “invites a self-defeating construction of [s. 254(5)] and would wipe out the difference, clearly made in [ss. 253 and 254(5)], between culpability under the one and under the other” (p. 388). As a result, I do not find this textual comparison to be persuasive.

[50] The distinct nature of these offences also undermines Mr. Alex’s submission that it is unfair that a person who refuses to comply with an unlawful demand is acquitted, but if that same person complies and is prosecuted for an “over 80” offence, the evidentiary shortcuts will continue to apply. Moreover, Mr. Alex’s suggestion that this fosters absurdity in the law by discouraging compliance with breath demands is unpersuasive. For decades, the law under *Rilling* has been applied and there is no foundation to the practical concern about discouraging compliance with breath demands. Indeed, it remains a dangerous gamble for an individual to deliberately refuse a breath demand. If the demand is later found to be lawful, the refuser may be convicted, even if he or she was actually under the prescribed limit: *Taraschuk*, at p. 388.

C.C.C. (3d) 314 (C.A. C.-B.), par. 29; voir également *R. c. Plummer* (2006), 83 O.R. (3d) 528 (C.A.), par. 1 et 48-49).

[49] L’analogie comporte donc une faille logique. Bien qu’elle appartienne au même régime législatif, l’infraction de refus d’obtempérer diffère fondamentalement des autres infractions de conduite avec facultés affaiblies. La perpétration de l’infraction de refus d’obtempérer tient à la désobéissance à une sommation légale, alors que la commission de l’infraction de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg » tient au fait d’avoir pris le volant avec une alcoolémie supérieure à la limite légale. La légalité de l’ordre de se soumettre à l’alcooltest n’a pas de lien logique avec la culpabilité pour conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg ». Comme le fait observer la Cour dans l’arrêt *Taraschuk c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 385, confondre les éléments des deux infractions « implique une interprétation [du par. 254(5)] qui en détruit tout l’effet et élimine la différence, clairement établie [à l’art. 253 et au par. 254(5)], entre la culpabilité aux termes du premier et la culpabilité aux termes du second » (p. 388). Le rapprochement d’ordre textuel ne me convainc donc pas.

[50] La nature distincte de ces infractions affaiblit également la thèse de M. Alex selon laquelle il serait injuste qu’une personne qui refuse d’obtempérer à un ordre illégal soit acquittée, alors que, si la même personne obtempère et fait l’objet d’une accusation d’alcoolémie « supérieure à 80 mg », les raccourcis en matière de preuve demeurent applicables. En outre, M. Alex ne me convainc pas lorsqu’il laisse entendre qu’il en résulte une absurdité juridique, soit l’incitation à désobéir à un ordre de fournir un échantillon d’haleine. La règle de l’arrêt *Rilling* s’est appliquée pendant des décennies, et la crainte d’une incitation à désobéir à l’ordre de fournir un échantillon d’haleine est sans fondement. La personne qui refuse délibérément de subir l’alcooltest routier fait un pari risqué. Si l’ordre est par la suite jugé légal, elle pourrait être déclarée coupable même si son alcoolémie était inférieure à la limite prescrite (*Taraschuk*, p. 388).

### III. Conclusion

[51] In this case, the trial judge, the British Columbia Supreme Court and the Court of Appeal correctly concluded that a lawful demand was not a precondition to the s. 258 evidentiary shortcuts (albeit for different reasons than I have set out). In view of the foregoing analysis, there is no basis for appellate interference and Mr. Alex's conviction must be upheld. Accordingly, I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and Abella, Brown and Rowe JJ. were delivered by

ROWE J. (dissenting) —

#### I. Introduction

[52] The appellant, Dion Henry Alex, was convicted by the application of the rule in *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183. This case deals with whether the rule in *Rilling* is good law. For the reasons that follow, I would hold that it is not. While the Crown argued that this would undermine the operation of that part of the scheme to combat impaired driving set out in s. 258(1)(c) and (g) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the evidentiary “shortcuts” to proving that a driver had a blood-alcohol level “over 80”, the statutory scheme will still be able to function as it should without the rule in *Rilling*.

#### II. Facts

[53] The trial judge made the following finding of facts; these are not in dispute.

[54] Mr. Alex was pulled over during a seatbelt check in Penticton, British Columbia. He registered a fail on an approved screening device (“ASD”) administered by Constable Caruso. At the police station, Mr. Alex's breath samples registered 140 mg

### III. Conclusion

[51] En l'espèce, le juge du procès, la Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel concluent à juste titre (quoique pour d'autres motifs que les miens) que l'application des raccourcis en matière de preuve de l'art. 258 n'est pas subordonnée à la légalité de l'ordre de fournir un échantillon d'haleine. Au vu de l'analyse qui précède, j'estime que rien ne justifie la Cour de modifier cette conclusion et que la déclaration de culpabilité de M. Alex doit être confirmée. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Brown et Rowe rendus par

LE JUGE ROWE (dissident) —

#### I. Introduction

[52] L'appelant, Dion Henry Alex, a été reconnu coupable d'une infraction par application de la règle établie dans l'arrêt *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183. Il nous faut aujourd'hui décider si cette règle est encore valable. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'elle ne l'est pas. Bien que le ministère public soutienne qu'une décision en ce sens compromettrait l'application de ce volet du régime voué à la répression de l'alcool au volant — les al. 258(1)(c) et g) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui prévoient des « raccourcis » lorsqu'il s'agit de prouver qu'un conducteur avait une alcoo-lémie « supérieure à 80 mg » —, le régime législatif continuera de s'appliquer comme il se doit malgré la mise à l'écart de la règle de l'arrêt *Rilling*.

#### II. Faits

[53] Le juge du procès tire les conclusions de faits suivantes, qui ne sont pas contestées.

[54] M. Alex a été intercepté lors d'un contrôle du port de la ceinture de sécurité à Penticton, en Colombie-Britannique. Il a obtenu un résultat positif à un test de détection effectué par l'agent Caruso au moyen d'un appareil de détection approuvé

and 130 mg of alcohol per 100 ml of blood, respectively.

[55] Constable Caruso testified to the circumstances leading up to the ASD demand, including: an odour of liquor as he approached the vehicle; an open beer can on the floor near the passenger side; Mr. Alex had “red cheeks” and “watery eyes”. Constable Caruso did not identify any other indicia of impairment; Mr. Alex had no difficulty parking and exiting the vehicle. Constable Caruso made no notes about how he came to form a suspicion that Mr. Alex had alcohol in his body, but he testified that he knew he had formed a reasonable suspicion because he would not have made the demand otherwise.

[56] Mr. Alex failed the ASD. The officer then made a breath demand, and drove Mr. Alex to the police station where two observation periods and two samples of breath were obtained.

### III. Relevant Statutory Provisions

[57] The following provisions of the *Criminal Code* are engaged by this appeal:

**253 (1)** Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

(a) while the person’s ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person’s blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

(« ADA »). Au poste de police, l’analyse d’échantillons d’haleine a confirmé une alcoolémie de 140 mg puis de 130 mg d’alcool par 100 ml de sang.

[55] Lors de son témoignage, l’agent Caruso a fait état des circonstances qui l’avaient incité à ordonner à M. Alex de se soumettre au test de détection : il avait senti une odeur d’alcool lorsqu’il s’était approché du véhicule; il avait aperçu une cannette de bière ouverte sur le plancher à proximité du côté passager; il avait constaté que M. Alex avait les [TRADUCTION] « joues rouges » et les « yeux humides ». L’agent n’avait observé aucun autre indice de facultés affaiblies; M. Alex n’avait pas eu de difficulté à garer son véhicule et à en sortir. L’agent n’a pas pris de notes sur ce qui l’avait amené à soupçonner M. Alex d’avoir de l’alcool dans son organisme, mais il a déclaré être certain que ses soupçons étaient raisonnables, car sinon il n’aurait pas soumis le conducteur au test de détection.

[56] M. Alex a obtenu un résultat positif au test de détection. Le policier a alors ordonné le prélèvement d’échantillons d’haleine. Il a emmené M. Alex au poste de police, où ce dernier a fait l’objet de deux périodes d’observation et de deux prélèvements d’échantillon d’haleine

### III. Dispositions législatives pertinentes

[57] Les dispositions suivantes du *Code criminel* s’appliquent au présent pourvoi :

**253 (1)** Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d’un véhicule à moteur, d’un bateau, d’un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants :

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l’effet de l’alcool ou d’une drogue;

b) lorsqu’il a consommé une quantité d’alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d’alcool par cent millilitres de sang.

(2) For greater certainty, the reference to impairment by alcohol or a drug in paragraph (1)(a) includes impairment by a combination of alcohol and a drug.

. . .

254 . . .

. . .

(2) If a peace officer has reasonable grounds to suspect that a person has alcohol or a drug in their body and that the person has, within the preceding three hours, operated a motor vehicle or vessel, operated or assisted in the operation of an aircraft or railway equipment or had the care or control of a motor vehicle, a vessel, an aircraft or railway equipment, whether it was in motion or not, the peace officer may, by demand, require the person to comply with paragraph (a), in the case of a drug, or with either or both of paragraphs (a) and (b), in the case of alcohol:

(a) to perform forthwith physical coordination tests prescribed by regulation to enable the peace officer to determine whether a demand may be made under subsection (3) or (3.1) and, if necessary, to accompany the peace officer for that purpose; and

(b) to provide forthwith a sample of breath that, in the peace officer's opinion, will enable a proper analysis to be made by means of an approved screening device and, if necessary, to accompany the peace officer for that purpose.

. . .

(3) If a peace officer has reasonable grounds to believe that a person is committing, or at any time within the preceding three hours has committed, an offence under section 253 as a result of the consumption of alcohol, the peace officer may, by demand made as soon as practicable, require the person

(a) to provide, as soon as practicable,

(i) samples of breath that, in a qualified technician's opinion, will enable a proper analysis to be made to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood, or

(2) Il est entendu que l'alinéa (1)a vise notamment le cas où la capacité de conduire est affaiblie par l'effet combiné de l'alcool et d'une drogue.

. . .

254 . . .

. . .

(2) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une personne a dans son organisme de l'alcool ou de la drogue et que, dans les trois heures précédentes, elle a conduit un véhicule — véhicule à moteur, bateau, aéronef ou matériel ferroviaire — ou en a eu la garde ou le contrôle ou que, s'agissant d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, elle a aidé à le conduire, le véhicule ayant été en mouvement ou non, peut lui ordonner de se soumettre aux mesures prévues à l'alinéa a), dans le cas où il soupçonne la présence de drogue, ou aux mesures prévues à l'un ou l'autre des alinéas a) et b), ou aux deux, dans le cas où il soupçonne la présence d'alcool, et, au besoin, de le suivre à cette fin :

a) subir immédiatement les épreuves de coordination des mouvements prévues par règlement afin que l'agent puisse décider s'il y a lieu de donner l'ordre prévu aux paragraphes (3) ou (3.1);

b) fournir immédiatement l'échantillon d'haleine que celui-ci estime nécessaire à la réalisation d'une analyse convenable à l'aide d'un appareil de détection approuvé.

. . .

(3) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des trois heures précédentes, une infraction prévue à l'article 253 par suite d'absorption d'alcool peut, à condition de le faire dans les meilleurs délais, lui ordonner :

a) de lui fournir dans les meilleurs délais les échantillons suivants :

(i) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable permettant de déterminer son alcoolémie,



(ii) if the peace officer has reasonable grounds to believe that, because of their physical condition, the person may be incapable of providing a sample of breath or it would be impracticable to obtain a sample of breath, samples of blood that, in the opinion of the qualified medical practitioner or qualified technician taking the samples, will enable a proper analysis to be made to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood; and

(b) if necessary, to accompany the peace officer for that purpose.

. . .

**258 (1)** In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or subsection 254(5) or in any proceedings under any of subsections 255(2) to (3.2),

. . .

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

(i) [Repealed before coming into force, 2008, c. 20, s. 3]

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(ii) soit les échantillons de sang qui, de l'avis du technicien ou du médecin qualifiés qui effectuent le prélèvement, sont nécessaires à une analyse convenable permettant de déterminer son alcoolémie, dans le cas où l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'à cause de l'état physique de cette personne elle peut être incapable de fournir un échantillon d'haleine ou le prélèvement d'un tel échantillon serait difficilement réalisable;

(b) de le suivre, au besoin, pour que puissent être prélevés les échantillons de sang ou d'haleine.

. . .

**258 (1)** Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou au paragraphe 254(5) ou dans des poursuites engagées en vertu de l'un des paragraphes 255(2) à (3.2) :

. . .

(c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang découlent du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, de l'alcoolémie de l'accusé tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

(i) [Abrogé avant d'entrer en vigueur, 2008, c. 20, art. 3]

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the analyses so made is conclusive proof that the concentration of alcohol in the accused's blood both at the time when the analyses were made and at the time when the offence was alleged to have been committed was, if the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, if the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses, in the absence of evidence tending to show all of the following three things — that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the concentration of alcohol in the accused's blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, and that the concentration of alcohol in the accused's blood would not in fact have exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed;

. . .

(g) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

(A) [Repealed before coming into force, 2008, c. 20, s. 3]

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié;

. . .

g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient :

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé des échantillons :

(A) [Abrogé avant d'entrer en vigueur, 2008, c. 20, art. 3]

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate;

#### IV. Decisions Under Appeal

##### A. *Provincial Court of British Columbia (Koturbash Prov. Ct. J.)*

[58] Koturbash Prov. Ct. J. was satisfied beyond a reasonable doubt of Mr. Alex's guilt regarding the "over 80 count", and convicted him for the offence of having care or control of his vehicle with a blood alcohol level in excess of the legal limit, contrary to s. 253(1)(b). Koturbash Prov. Ct. J. additionally convicted Mr. Alex for driving while prohibited contrary to s. 234(1) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318; that charge is not in issue before this Court.

[59] Koturbash Prov. Ct. J. considered whether Constable Caruso had the necessary reasonable suspicion to make an ASD demand, and what the implications were if he did not.

[60] Koturbash Prov. Ct. J. was not satisfied Constable Caruso had a reasonable suspicion to believe that Mr. Alex had alcohol in his body before he made the ASD demand. He also questioned whether Constable Caruso had the necessary subjective suspicion to make the ASD demand. Koturbash Prov. Ct. J. held that even if he had been satisfied that Constable Caruso had the necessary subjective suspicion, he was not satisfied on the totality of the circumstances that Constable Caruso had a reasonable basis for his suspicion.

[61] Even though Koturbash Prov. Ct. J. concluded that Constable Caruso did not have the reasonable

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la division (A) ont été prélevés,

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui;

#### IV. Décisions des juridictions inférieures

##### A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique (le juge Koturbash)*

[58] Le juge Koturbash se dit convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Alex est coupable de l'infraction de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg ». Il le déclare coupable d'avoir eu la garde ou le contrôle de son véhicule alors que son alcoolémie dépassait la limite légale, en contravention avec l'al. 253(1)b). Il le reconnaît en outre coupable de conduite sous le coup d'une interdiction, une infraction prévue au par. 234(1) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318; cette accusation n'est pas en cause en l'espèce.

[59] Le juge Koturbash se demande si l'agent Caruso avait les soupçons raisonnables requis pour ordonner à l'appelant de se soumettre au test de détection et quelles seraient les conséquences de l'absence éventuelle de tels soupçons.

[60] Le juge Koturbash n'est pas convaincu que le policier avait des motifs raisonnables de soupçonner M. Alex d'avoir de l'alcool dans son organisme avant de lui ordonner de se soumettre au test de détection. Il se demande par ailleurs si l'agent Caruso avait les soupçons subjectifs requis pour donner un tel ordre. Il arrive à la conclusion que même s'il avait été convaincu que l'agent Caruso avait les soupçons subjectifs requis, il n'aurait pas été convaincu, eu égard à l'ensemble des circonstances, que ces soupçons avaient une assise raisonnable.

[61] Même s'il estime que l'agent Caruso n'avait pas les soupçons raisonnables requis pour ordonner

suspicion necessary to make an ASD demand, applying this Court's decision in *Rilling*, he held:

Without an application to exclude the evidence under the *Charter*, the absence of reasonable grounds to make a breath demand has no bearing on the admissibility of the certificate nor the application of the presumptions under the Code. [A.R., at pp. 9-10]

[62] Thus, he was “satisfied beyond a reasonable doubt of the accused’s guilt on the over 80 count” and convicted Mr. Alex (p. 10).

B. *Supreme Court of British Columbia, 2014 BCSC 2328, 71 M.V.R. (6th) 228 (Schultes J.)*

[63] Schultes J. dismissed Mr. Alex’s appeal.

[64] Schultes J. held that the trial judge erred in his application of the test for deciding whether Constable Caruso had reasonable suspicion to make the breath demand. If this were a Crown appeal of an acquittal, Schultes J. would have ordered a new trial were it not for the application of *Rilling*.

[65] Schultes J. considered divergent appellate decisions regarding *Rilling*; he concluded that the Ontario Court of Appeal in *R. v. Charette*, 2009 ONCA 310, 94 O.R. (3d) 721, was correct in affirming that *Rilling* remains good law. Accordingly, he held that a lawful demand is not necessary in order to rely on the presumption of accuracy and the presumption of identity pursuant to s. 258(1)(c) and (g).

[66] Schultes J. stated: “My decision rests on the conclusion that *Rilling* has not been impliedly overruled by subsequent decisions and that the mere existence of the *Charter* does not mandate its extinction” (para. 57).

à l’appelant de se soumettre au test de détection, le juge Koturbash applique l’arrêt *Rilling* et statue :

[TRADUCTION] Aucune demande d’exclusion de la preuve n’ayant été présentée sur le fondement de la *Charte*, l’absence de motifs raisonnables d’ordonner la fourniture d’un échantillon d’haleine n’a aucune incidence sur l’admissibilité du certificat ou sur l’application des présomptions prévues par le Code. [d.a., p. 9-10]

[62] Partant, il se dit [TRADUCTION] « convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l’accusé quant à l’accusation de conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 mg » et il déclare M. Alex coupable de l’infraction (p. 10).

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2014 BCSC 2328, 71 M.V.R. (6th) 228 (le juge Schultes)*

[63] Le juge Schultes déboute M. Alex en appel.

[64] Il statue que le juge du procès applique erronément le critère qui permet de décider si l’agent Caruso avait ou non des soupçons raisonnables qui justifiaient l’ordre de fournir un échantillon d’haleine. S’il avait été saisi de l’appel d’un acquittement par le ministère public, le juge Schultes aurait ordonné un nouveau procès, n’eût été l’arrêt *Rilling*.

[65] Après examen de décisions d’appel divergentes concernant l’arrêt *Rilling*, le juge Schultes conclut que, dans l’arrêt *R. c. Charrette*, 2009 ONCA 310, 94 O.R. (3d) 721, la Cour d’appel de l’Ontario confirme avec raison que l’arrêt *Rilling* demeure valable. Il estime donc que la légalité de l’ordre ne conditionne pas le recours aux présomptions d’exactitude et d’identité que prévoient les al. 258(1)(c) et g).

[66] Le juge Schultes ajoute que [TRADUCTION] « [s]a décision prend appui sur la conclusion que l’arrêt *Rilling* n’a pas été tacitement écarté par des arrêts subséquents et que la seule existence de la *Charte* ne commande pas la mise à l’écart de l’arrêt » (par. 57).

C. *Court of Appeal for British Columbia, 2015 BCCA 435, 377 B.C.A.C 301 (Newbury, Harris and Goepel J.J.A.)*

[67] Newbury J.A., writing for the court, dismissed Mr. Alex’s appeal. Newbury J.A. held that the appeal required the court to determine “whether *Rilling* . . . remains good law in circumstances where a reasonable suspicion may not have existed for demanding a breath sample and where the *Charter* was not invoked by the accused” (para. 3 (emphasis in original)).

[68] She concluded that as *Rilling* had not been reversed by this Court, it remains good law, such that if a breath sample is demanded without reasonable suspicion and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has not been invoked by the accused, the breathalyzer certificate is admissible.

[69] Newbury J.A. agreed with the summary conviction appeal judge that the trial judge erred in his application of the test for deciding whether Constable Caruso had reasonable suspicion to demand the breath sample. She too would have ordered a new trial on the issue of subjective ground were it not for *Rilling* (para. 30).

[70] Newbury J.A. further addressed Mr. Alex’s second ground of appeal, “whether the summary conviction appeal judge . . . erred in finding that the trial judge had erred in law in concluding that the officer’s suspicion, which was relied on to make a demand under s. 254(2) of the *Code*, was not . . . ‘objectively reasonable’” (para. 4). This issue is not before this Court.

#### V. Issue

[71] In a prosecution under s. 253(1)(b), for an “over 80” charge, is the requirement for “reasonable grounds” to demand a breath sample under s. 254(3) a precondition to the operation of the presumptions in s. 258(1)(c) and (g)?

C. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2015 BCCA 435, 377 B.C.A.C. 301 (les juges Newbury, Harris et Goepel)*

[67] Au nom de la Cour d’appel, la juge Newbury rejette l’appel de M. Alex. Selon elle, il faut décider [TRADUCTION] « si l’arrêt *Rilling* [. . .] demeure valable lorsque l’ordre de fournir un échantillon d’haleine pourrait ne pas avoir été justifié par des soupçons raisonnables et que l’accusé n’ a pas invoqué la *Charte* » (par. 3 (souligné dans l’original)).

[68] Elle conclut que la Cour n’a pas écarté l’arrêt *Rilling*, de sorte qu’il demeure applicable. Dès lors, si un échantillon d’haleine est exigé en l’absence de soupçons raisonnables et que l’accusé n’invoque pas la *Charte canadienne des droits et libertés*, le certificat d’analyse est admissible.

[69] La juge Newbury convient avec le juge de la cour d’appel en matière de poursuites sommaires que le juge du procès applique erronément le critère qui permet de décider si l’agent Caruso avait ou non des soupçons raisonnables pour exiger un échantillon d’haleine. Elle aussi aurait ordonné un nouveau procès sur l’aspect subjectif, n’eût été l’arrêt *Rilling* (par. 30).

[70] La juge Newbury se penche ensuite sur la deuxième question soulevée en appel, à savoir [TRADUCTION] « si le juge de la cour d’appel en matière de poursuites sommaires conclut à tort que le juge du procès tire la conclusion erronée en droit que les soupçons à partir desquels le policier a donné l’ordre prévu au par. 254(2) du *Code* n’étaient pas “objectivement raisonnables” » (par. 4). La Cour n’est pas saisie de cette question.

#### V. Question en litige

[71] Dans une poursuite pour conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg » fondée sur l’al. 253(1)(b), l’existence de « motifs raisonnables » de donner l’ordre de fournir un échantillon d’haleine en application du par. 254(3) conditionne-t-elle l’application des présomptions établies aux al. 258(1)(c) et (g)?

## VI. Submissions

[72] Mr. Alex argues that the majority decision in *Rilling* was based on the principle (affirmed in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272) that relevant evidence obtained by a police officer in a manner that is not lawfully authorized is nonetheless admissible. As such, Judson J.'s majority reasons in *Rilling* render the statutory term "reasonable grounds", as a precondition to making a breath demand, meaningless. By contrast, Spence J.'s dissenting reasons in *Rilling* give effect to Parliament's intention that "reasonable grounds" operate as a precondition to a breath demand, thereby protecting citizens from unwarranted police action. In the appellant's submission, the "reasonable grounds" requirement should operate as a statutory protection against unlawful search. Thus, the ruling in *Rilling* runs contrary to a plain reading of s. 254(3). Mr. Alex submits that admitting unlawfully obtained evidence only accords with law if such evidence is nonetheless admissible, i.e. what was affirmed by this Court in *Wray*.

[73] The Criminal Lawyers' Association (Ontario) ("CLA") intervened in support of the appellant. The CLA argued that *Rilling* should be overturned, as compliance with the requirement for "reasonable grounds" in order to demand breath samples under s. 254(3) is clearly a statutory precondition to the presumptions in s. 258(1)(c) and (g).

[74] The CLA challenged the Crown's argument that overturning *Rilling* would severely disrupt the administration of justice. The CLA argued that, *inter alia*, requiring that a demand be made in accordance with the precondition of "reasonable grounds" before being able to rely on the evidentiary presumptions in s. 258(1) is no more than what the Crown must already do to rely on other evidentiary presumptions. Similarly, overturning *Rilling* would not result in automatic exclusion of evidence and acquittals. The presumptions in s. 258(1) do not deal with admissibility of evidence

## VI. Prétentions

[72] M. Alex soutient que l'opinion des juges majoritaires dans *Rilling* repose sur le principe (énoncé dans *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272) voulant qu'un élément de preuve pertinent demeure admissible malgré l'illégalité de son obtention par un policier. Ainsi, dans *Rilling*, les motifs majoritaires exposés par le juge Judson privent de raison d'être l'exigence que le policier ait des « motifs raisonnables » d'ordonner la fourniture d'un échantillon d'haleine. À l'opposé, toujours dans *Rilling*, les motifs dissidents du juge Spence donnent effet à l'intention du législateur de faire de l'existence de « motifs raisonnables » une condition à laquelle l'ordre de fournir un échantillon d'haleine peut être donné, de manière à protéger les citoyens contre les mesures policières injustifiées. Selon l'appelant, l'exigence de « motifs raisonnables » devrait tenir lieu de protection légale des citoyens contre les perquisitions et les fouilles illégitimes. Partant, l'arrêt *Rilling* est inconciliable avec le sens ordinaire du par. 254(3). Aussi, l'admission en preuve d'un élément obtenu illégalement n'est conforme au droit que si un tel élément est malgré tout admissible, tel qu'affirmé par la Cour dans *Wray*.

[73] La Criminal Lawyers' Association (Ontario) (« CLA ») intervient à l'appui de l'appelant. Elle soutient que l'arrêt *Rilling* devrait être écarté, car le respect de l'exigence de « motifs raisonnables » d'ordonner la fourniture d'un échantillon d'haleine en vertu du par. 254(3) constitue indéniablement une condition légale d'application des présomptions établies aux al. 258(1)c) et g).

[74] La CLA conteste la thèse du ministère public voulant que la mise à l'écart de l'arrêt *Rilling* nuirait gravement à l'administration de la justice. Elle soutient entre autres qu'exiger l'existence de « motifs raisonnables » d'ordonner la fourniture d'un échantillon d'haleine pour que s'appliquent les présomptions du par. 258(1) n'impose pas au ministère public une obligation plus grande que celle dont il doit déjà s'acquitter pour pouvoir invoquer d'autres présomptions en matière de preuve. De même, écarter l'arrêt *Rilling* ne se traduirait pas par l'exclusion automatique de la preuve et par l'acquiescement de

concerning breath samples *per se*; rather they only provide “shortcuts” to the proof of the certificate’s contents, which it is open to the Crown to prove by other means. Moreover, the Crown’s argument is based on the unproven assertion that requiring the Crown to lead evidence that the officer had “reasonable grounds” to make a breath sample demand would cripple the justice system.

[75] The Crown argues that *Rilling* should be affirmed as good law and that applying *Rilling* merely deprives accused persons of the chance to defeat s. 258(1) presumptions for reasons entirely unconnected to their rationale and the text of the provisions. The Crown relies on *Rilling* for the proposition that while absence of reasonable and probable grounds for belief of impairment may afford a defence to a refusal to provide a breath sample charge under s. 254(5), it does not render the certificate inadmissible and the presumptions inoperative. The motive that actuates a peace officer to make a demand under s. 254(3) is not a relevant consideration when the accused has complied with the demand. Relevant evidence of an “over 80” offence is *prima facie* admissible unless a legal rule provides for its exclusion, and s. 254(3) contains no such rule. In essence, the Crown restated the rationale relied on by Judson J. in *Rilling*.

[76] The Attorney General for Ontario intervened in support of the Crown arguing that *Rilling* should not be overturned. The interpretation in *Rilling* is consistent with Parliament’s intent; had Parliament intended a valid demand to be a precondition to the reliance on the evidentiary presumption in s. 258(1)(c), then reasonable grounds for a breath sample demand would be an enumerated requirement under s. 258(1) itself.

l’accusé. Les présomptions du par. 258(1) n’ont pas trait à l’admissibilité en preuve d’un élément relatif à l’échantillon d’haleine comme tel; en fait, elles offrent seulement des « raccourcis » pour prouver la teneur d’un certificat, ce que le ministère public peut faire par d’autres moyens. En outre, la thèse du ministère public repose toute sur l’allégation non étayée selon laquelle l’obligation de démontrer que le policier avait des « motifs raisonnables » d’ordonner la fourniture d’un échantillon d’haleine paralyserait le système de justice.

[75] Le ministère public prétend que la Cour devrait confirmer que l’arrêt *Rilling* demeure valable et qu’appliquer cet arrêt prive seulement l’accusé de la possibilité de faire écarter les présomptions du par. 258(1) pour des raisons totalement étrangères à leur raison d’être et au libellé des dispositions en cause. Il ajoute, en invoquant *Rilling*, que si l’absence de motifs raisonnables et probables de croire à un état d’ébriété peut être invoquée en défense à l’infraction de refus de fournir un échantillon d’haleine prévue au par. 254(5), elle ne rend pas le certificat inadmissible et les présomptions inapplicables. Ce qui motive un agent de la paix à donner l’ordre prévu au par. 254(3) n’est pas une considération pertinente lorsque l’accusé a obtempéré. Toute preuve pertinente de la perpétration de l’infraction de conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg » est admissible *prima facie*, sauf si elle est écartée par une règle de droit, et le par. 254(3) ne renferme aucune règle en ce sens. Le ministère public reprend essentiellement le raisonnement du juge Judson dans *Rilling*.

[76] Le procureur général de l’Ontario intervient à l’appui de la thèse du ministère public selon laquelle l’arrêt *Rilling* ne devrait pas être écarté. L’interprétation des dispositions en cause dans cette affaire respecte l’intention du législateur; si ce dernier avait voulu conditionner l’application de la présomption de l’al. 258(1)c) à la légalité de l’ordre donné, l’exigence de motifs raisonnables d’ordonner la fourniture d’un échantillon d’haleine figurerait expressément parmi les conditions énumérées au par. 258(1).

## VII. Analysis

[77] In a prosecution under s. 253(1)(b), for an “over 80” charge, is the requirement for “reasonable grounds” to demand a breath sample under s. 254(3) a precondition to the operation of the presumptions in s. 258(1)(c) and (g)? The answer to this turns on the status of *Rilling*. Unless *Rilling* is overturned by this Court, it is dispositive of the issue under appeal.

[78] This Court has previously considered when it should overrule one of its decisions (see *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; and *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101). There are several, non-exhaustive factors this Court can consider to determine this. Essentially, there is a balancing between the values of correctness and certainty. The Court must ask whether it is “preferable to adhere to an incorrect precedent to maintain certainty, or to correct the error” (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 27). In my view, for the reasons that follow, the need to correct the law predominates in this case.

### A. *The Rule in R. v. Rilling*

[79] The majority in *Rilling* took the view that relevant evidence is admissible even if it is unlawfully obtained. In doing so, the majority incorrectly conflated the issues of admissibility under common law (as per *Wray*) with the operation of the evidentiary shortcuts (per s. 258(1) of the *Code*).

[80] In *Wray*, the accused, Mr. Wray, was arrested for the murder of his brother, who had been shot. Under “duress” by police (which I take to mean the use of force or the threat of force), the accused made a statement and showed police where he had discarded the gun. Ballistics showed it was the murder weapon. The gun was received into evidence, as was that part of Mr. Wray’s statement that was confirmed by the gun. Mr. Wray was acquitted at

## VII. Analyse

[77] Dans une poursuite pour conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg » fondée sur l’al. 253(1)(b), l’existence de « motifs raisonnables » de donner l’ordre de fournir un échantillon d’haleine en application du par. 254(3) conditionne-t-elle l’application des présomptions établies aux al. 258(1)(c) et g)? La réponse dépend de ce que l’arrêt *Rilling* s’applique toujours ou non. À moins que la Cour ne l’écarte, l’arrêt *Rilling* est décisif quant à l’issue du pourvoi.

[78] La Cour s’est déjà penchée sur l’opportunité d’écarter l’une de ses décisions (voir *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101). Elle peut tenir compte de plusieurs éléments, dont l’énumération n’est pas exhaustive, pour se prononcer. Elle doit essentiellement mettre en balance les valeurs de la justesse et de la certitude. Il lui incombe de se demander s’il « faut privilégier la certitude et maintenir un précédent erroné ou s’il faut rectifier l’erreur » (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 27). Pour les motifs qui suivent, j’estime que la nécessité de rectifier le droit l’emporte en l’espèce.

### A. *La règle issue de l’arrêt Rilling*

[79] Dans *Rilling*, les juges majoritaires concluent qu’un élément de preuve pertinent est admissible même s’il a été obtenu illégalement. Ce faisant, ils assimilent à tort la question de l’admissibilité en common law (suivant *Wray*) à celle de l’application des raccourcis en matière de preuve (suivant le par. 258(1) du *Code*).

[80] Dans le dossier *Wray*, l’accusé, M. Wray, avait été arrêté pour le meurtre par balle de son frère. Sous l’effet de la « contrainte » exercée par les policiers (ce que je suppose correspondre au recours à la force ou à la menace d’y recourir), l’accusé avait fait une déclaration et révélé l’endroit où il s’était débarrassé de la carabine. L’expertise balistique avait démontré qu’il s’agissait de l’arme du crime. La carabine avait été admise en preuve, tout comme le passage de la



trial as the trial judge refused to admit the evidence of Mr. Wray's involvement in finding the murder weapon.

[81] In the Crown's appeal, the Ontario Court of Appeal held that trial judges have a discretion to exclude evidence where there is unfairness to the accused or where receiving the evidence would bring the administration of justice into disrepute. It affirmed the acquittal:

In our view, a trial [j]udge has a discretion to reject evidence, even of substantial weight, if he considers that its admission would be unjust or unfair to the accused or calculated to bring the administration of justice into disrepute, the exercise of such discretion, of course, to depend upon the particular facts before him. Cases where to admit certain evidence would be calculated to bring the administration of justice into disrepute will be rare, but we think the discretion of a trial [j]udge extends to such cases. [[1970] 2 O.R. 3 (C.A.), at p. 4]

[82] In the Crown's appeal to this Court, the division in the Court foreshadowed that in *Rilling*. Spence J., dissenting, wrote in favour of the Ontario Court of Appeal's approach. Hall J. and Cartwright C.J. each wrote separate reasons to similar effect. The majority (in two sets of reasons, one by Judson J., and one by Martland J.) rejected the Ontario Court of Appeal's approach; they affirmed the traditional rule that relevant but illegally obtained evidence is admissible.

[83] In *Rilling*, in his reasons for the majority, Judson J. adopted the analysis of the appeals court, including its reliance on *R. v. Orchard*, [1971] 1 W.W.R. 535 (Sask. Dist. Ct.), aff'd [1971] 2 W.W.R. 639 (C.A.), *R. v. Showell*, [1971] 3 O.R. 460 (H.C.J.), and *R. v. Flegel* (1971), 5 C.C.C. (2d) 155 (Sask. Q.B.), aff'd (1972), 7 C.C.C. (2d) 55 (C.A.). In effect, Judson J. was affirming what he had written in *Wray*, that it does not matter that evidence was obtained illegally.

déclaration de M. Wray confirmé par la découverte de la carabine. M. Wray a été acquitté parce que le juge du procès a refusé d'admettre la preuve de la participation de M. Wray à la découverte de l'arme du crime.

[81] Saisie de l'appel du ministère public, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès jouissait d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permettait d'écarter un élément dont l'admission en preuve serait inéquitable envers l'accusé ou serait de nature à déconsidérer l'administration de la justice. Elle a confirmé l'acquiescement :

[TRADUCTION] À notre avis, le juge de première instance jouit du pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve, même fort probante, s'il considère que la recevoir serait injuste ou inéquitable envers l'accusé ou de nature à discréditer l'administration de la justice, l'exercice de ce pouvoir devant évidemment dépendre des circonstances de l'affaire. Les cas où recevoir une preuve serait de nature à discréditer l'administration de la justice doivent être rares, mais nous croyons que le pouvoir du juge de première instance s'y étend. [[1970] 2 O.R. 3 (C.A.), p. 4]

[82] Dans le pourvoi du ministère public devant notre Cour, le désaccord des juges laisse présager la décision partagée rendue ultérieurement dans le dossier *Rilling*. Dissident, le juge Spence se range à l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Hall et le juge en chef Cartwright exposent des motifs distincts, mais concordants. Les juges majoritaires (dans deux opinions, l'une du juge Judson, l'autre du juge Martland) rejettent l'approche de la Cour d'appel de l'Ontario et confirment la règle traditionnelle voulant que, même obtenue illégalement, la preuve pertinente soit admissible.

[83] Dans l'arrêt *Rilling*, au nom des juges majoritaires, le juge Judson dit faire sienne l'analyse de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, y compris son adhésion aux décisions *R. c. Orchard*, [1971] 1 W.W.R. 535 (C. dist. Sask.), conf. par [1971] 2 W.W.R. 639 (C.A.), *R. c. Showell*, [1971] 3 O.R. 460 (H.C.J.), et *R. c. Flegel* (1971), 5 C.C.C. (2d) 155 (C.B.R. Sask.), conf. par (1972), 7 C.C.C. (2d) 55 (C.A.). Il confirme ce faisant sa position dans l'arrêt *Wray*, à savoir qu'il importe peu que la preuve ait été obtenue illégalement.

[84] However, the majority erred by making the rule affirmed in *Wray* the cornerstone of their reasons. An interpretation of s. 258(1) that conflates admissibility with the pre-conditions for evidentiary presumptions is incorrect and has been attenuated by a later decision of this Court, *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663, which identifies the distinction between admissibility and preconditions to evidentiary shortcuts.

[85] In *Deruelle*, this Court considered the meaning of the time limit within which a breathalyzer demand must be made by police under s. 254(3) of the *Code* (pp. 665-66). The interpretative question, before the Court, was “whether the two-hour limit referred to in s. 254(3) . . . applies to the making of the breath or blood sample demand, or to the formation of the peace officer’s belief on reasonable and probable grounds that a person is committing or has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under s. 253 of the *Code*” (p. 671).

[86] In considering competing lines of analysis regarding the meaning of the time limits under s. 254(3), the Court noted that the specific purpose of s. 254(3) “which goes to the admissibility of the sample into evidence, can be distinguished from the purpose of the time limit in the presumption section, s. 258(1)(c)” (p. 672). As explained by Justice La Forest, writing for the Court, whereas s. 258(1)(c) is a procedural shortcut, it is not concerned with admissibility (p. 672).

[87] Thus, by implicitly endorsing the rule affirmed in *Wray*, the majority in *Rilling* erred in deciding the issue on the basis of admissibility of evidence at common law rather than on an interpretation of the evidentiary shortcuts in the *Code*. In doing so, the majority failed to engage in a statutory interpretation of the relevant sections of the *Code*. The provisions of the *Code* at issue in this appeal set out where a certificate can be admitted, in the absence of *viva voce* testimony, and the evidentiary presumptions that follow.

[84] Or, les juges majoritaires ont eu tort de faire de la règle de l’arrêt *Wray* la pierre angulaire de leurs motifs. L’interprétation du par. 258(1) qui assimile l’admissibilité de la preuve aux conditions d’application des présomptions est incorrecte et sa valeur est affaiblie par l’arrêt ultérieur *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663, dans lequel la Cour établit une distinction entre l’admissibilité de la preuve et les conditions d’application des raccourcis en matière de preuve.

[85] Dans *Deruelle*, la Cour était appelée à interpréter la disposition prévoyant le délai dont dispose le policier pour ordonner à une personne de se soumettre à l’alcooltest en vertu du par. 254(3) du *Code* (p. 665-666). La question était de savoir « si le délai de deux heures prévu au par. 254(3) [. . .] s’applique à l’ordre de fournir un échantillon d’haleine ou de sang, ou encore à la formation, chez l’agent de la paix, de motifs raisonnables de croire qu’une personne est en train de commettre ou a commis, par suite d’absorption d’alcool, l’infraction prévue à l’art. 253 du *Code* » (p. 671).

[86] Dans son examen des thèses concurrentes avancées quant à l’interprétation du par. 254(3), la Cour relève qu’il est possible de distinguer l’objectif précis de la disposition, « qui se rattache à l’admissibilité de l’échantillon en preuve, de l’objectif visé par le délai fixé dans la disposition qui établit une présomption, l’al. 258(1)c » (p. 672). Comme l’explique le juge La Forest au nom de la Cour, l’al. 258(1)c constitue un raccourci procédural qui ne concerne en rien l’admissibilité de la preuve (p. 672).

[87] Ainsi, dans l’arrêt *Rilling*, en souscrivant implicitement à la règle établie dans *Wray*, les juges majoritaires de la Cour statuent à tort en fonction de l’admissibilité de la preuve en common law plutôt qu’en fonction de l’interprétation des raccourcis en matière de preuve que prévoit le *Code*. Ce faisant, ils omettent d’interpréter les dispositions pertinentes du *Code*. Les dispositions du *Code* qui sont en cause en l’espèce énoncent les circonstances dans lesquelles le certificat peut être admis en

The interpretation and application of this provision properly turns on a statutory interpretation exercise.

### B. *Statutory Interpretation*

[88] The holding in *Rilling* has also been attenuated by subsequent jurisprudence of this Court, namely, *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, which sets out the modern approach to statutory interpretation: the words of the provision must be read in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament (para. 21, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). Reading s. 258(1)(c) and (g) in this way, the reasoning in *Rilling* cannot withstand scrutiny. Whether or not a demand was made by an officer who had reasonable grounds to do so is an express precondition to the applicability of the evidentiary presumptions set out in s. 258(1)(c) and (g), the opening words of which read: “. . . where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3) . . .”

[89] The *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6th ed. 2007) defines “pursuant to” as “consequent and conforming to; in accord with” (p. 2412). The French version of s. 258(1)(c) and (g) is to similar effect, using the phrase “*conformément à*”. For the meaning of “pursuant to”, see also: *Dastous v. Matthews-Wells Co.*, [1950] S.C.R. 261; *Minister of National Revenue v. Armstrong*, [1956] S.C.R. 446, at p. 447. If the reasonable grounds referred to in s. 254(3) are not a precondition to the operation of s. 258(1)(c) and (g), then why is there a reference to s. 254(3) at all? That such words are meaningless is not plausible. If reasonable grounds under s. 254(3) are not a precondition, then

preuve, en l’absence d’un témoignage de vive voix, et les présomptions qui s’appliquent alors. Déterminer la portée et l’applicabilité de ces dispositions relève de l’interprétation législative.

### B. *Interprétation législative*

[88] L’arrêt *Rilling* a également été affaibli par une décision subséquente de la Cour. En effet, dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, la Cour énonce la méthode moderne d’interprétation des lois, laquelle consiste à lire les termes d’une disposition dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur (par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87). Si on lit ainsi le libellé des al. 258(1)(c) et g), le raisonnement de la Cour dans *Rilling* ne résiste pas à l’analyse. L’existence de motifs raisonnables de donner l’ordre constitue une condition expresse de l’application des présomptions en matière de preuve établies aux al. 258(1)(c) et g), qui comportent le texte introductif suivant : « . . . lorsque des échantillons de l’haleine de l’accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3) . . . »<sup>7</sup>

[89] Le Petit Robert (nouv. éd. 2012) définit le syntagme « conformément à » comme suit : « d’une manière conforme à. → **selon, suivant** (cf. D’après) » (p. 507). La version anglaise des al. 258(1)(c) et g), qui emploie le terme « *pursuant to* », va dans le même sens. Concernant le sens du terme « *pursuant to* », voir également *Dastous c. Matthews-Wells Co.*, [1950] R.C.S. 261; *Minister of National Revenue c. Armstrong*, [1956] R.C.S. 446, p. 447. Si l’existence des motifs raisonnables auxquels renvoie le par. 254(3) ne constitue pas une condition d’application des al. 258(1)(c) et g), alors pourquoi ces alinéas font-ils mention du par. 254(3)? Que ces mots n’aient aucune raison d’être ne saurait être plausible.

<sup>7</sup> Signalons que malgré l’invariabilité du texte anglais des deux alinéas, le libellé français de l’al. 258(1)(g) diffère légèrement : « . . . lorsque des échantillons de l’haleine de l’accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3) . . . ». Par souci de conformité à la jurisprudence, il n’est fait état que du libellé (plus juste par ailleurs) de l’al. 258(1)(c) dans les présents motifs.

what does the reference to “pursuant to” in the opening words of both s. 258(1)(c) and (g) mean? That such words have no legal effect is implausible. My colleague, Justice Moldaver, finds that these words simply identify the sample to which the provision applies (para. 30). In my respectful view, this cannot be the case.

[90] This alternate interpretation would mean that the other requirements of s. 254(3), such as the requirement that the demand be made by a peace officer or that the demand be made as soon as practicable, are also not required for the evidentiary shortcuts to apply. This would mean that the Crown would have the benefit of the evidentiary presumptions for any sample, irrespective of the conditions under which the demand was made. The scheme of the legislation is clear: a lawful demand under s. 254(3) is a precondition to reliance on s. 258(1)(c) and (g).

[91] This is consistent with what this Court held in *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254. Justice Sopinka, writing for the majority, at para. 51, noted the importance of a statutory precondition being satisfied to ensure a lawful search and seizure, albeit in the context of s. 8 of the *Charter*:

The requirement in s. 254(3) that reasonable and probable grounds exist is not only a statutory but a constitutional requirement as a precondition to a lawful search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 8 requires that reasonable and probable grounds exist in fact and not that their presence can be deemed to exist notwithstanding the evidence. [Emphasis added; last emphasis in original.]

[92] In her concurring reasons, Justice L’Heureux-Dubé agreed with Justice Sopinka that “‘reasonable and probable grounds’ is not only a statutory precondition to a breathalyzer demand but also a touchstone of the *Charter*” (para. 96 (emphasis added)).

[93] Furthermore, this interpretation that “pursuant to” imports the conditions under s. 254 as a

Si l’existence des motifs raisonnables dont il est question au par. 254(3) ne constitue pas une condition, que faut-il entendre par le syntagme « conformément à » employé au début des al. 258(1)c) et g)? Il n’est pas plausible qu’il n’ait pas d’effet juridique. Mon collègue le juge Moldaver estime que ces mots ne font que préciser la substance visée par la disposition (par. 30). À mon humble avis, ce ne peut être le cas.

[90] Retenir cette interprétation signifierait que les autres exigences du par. 254(3), par exemple que l’ordre soit donné par un agent de la paix ou qu’il le soit dans les meilleurs délais, ne conditionnent pas non plus l’application des raccourcis. Le ministère public bénéficierait ainsi des présomptions pour tout échantillon, peu importe les circonstances dans lesquelles l’ordre aurait été donné. L’économie de la loi est claire : la légalité de l’ordre donné en vertu du par. 254(3) conditionne l’application des al. 258(1)c) et g).

[91] Mon interprétation se concilie avec l’arrêt *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, dans lequel, au nom des juges majoritaires, le juge Sopinka relève au par. 51 — bien qu’en fonction de l’art. 8 de la *Charte* — l’importance de respecter une condition légale à laquelle peut être effectuée une fouille, une perquisition ou une saisie légitime :

L’exigence de motifs raisonnables prévue au par. 254(3) est une exigence non seulement légale, mais aussi constitutionnelle, qu’il faut respecter, en vertu de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à titre de condition préalable à une fouille, saisie ou perquisition légitime. L’article 8 exige que les motifs raisonnables existent dans les faits et non que l’on puisse en présumer l’existence nonobstant la preuve. [Premier et deuxième soulignements ajoutés; troisième soulignement dans le texte original.]

[92] Dans ses motifs concordants, la juge L’Heureux-Dubé convient avec le juge Sopinka que « l’existence de “motifs raisonnables” constitue non seulement une condition statutaire [ou légale] préalable à une demande d’alcootest, mais aussi une pierre angulaire de la *Charte* » (par. 96 (je souligne)).

[93] Qui plus est, cette interprétation voulant que le syntagme « conformément à » fasse des exigences

pre-condition of the evidentiary presumptions under s. 258(1) is consistent with the position Spence J. endorsed in *Rilling* and with the Court of Appeal of New Brunswick's decision in *R. v. Searle*, 2006 NBCA 118, 308 N.B.R. (2d) 216.

[94] Mr. Searle had appealed, *inter alia*, that the summary conviction appeal judge erred in finding that the breathalyzer samples were taken lawfully and that the Crown could rely on the presumption found at s. 258. Mr. Searle did not, at trial, seek the exclusion of the certificate of the technician on the grounds of a *Charter* violation. Nevertheless, the court found:

Since the demand was not made in strict compliance with s. 254(3) of the Code, it is unlawful. The Crown cannot rely on the presumption found in s. 258(1)(c) unless the officer had reasonable and probable grounds to make the breathalyzer demand in the first place. Without this presumption, there is no evidence of the concentration of alcohol in the accused's blood at the time the offence was alleged to have been committed. Thus, the Crown has failed to prove the element of the offence under s. 253(b) of the Code. To summarize: the certificate is still admissible but the prosecutor is not, however, entitled to use the presumption under s. 258(1)(c). The accused must, therefore, be acquitted of the charge under s. 253(b) of the Code. [para. 25]

[95] On the foregoing basis, I would reverse *Rilling*. This is in accordance with the principle that this Court may depart from earlier decisions where the earlier decision has been attenuated by later decisions of this Court (*R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 855-56, citing *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198).

C. *Reversing Rilling Will Not Undermine Effectiveness of the Statutory Scheme*

[96] The Crown has argued that if this Court reverses *Rilling*, this will undermine the effectiveness of the statutory scheme. Specifically, the Crown argues that policy considerations militate in favour of

de l'art. 254 une condition de l'application des présomptions établies au par. 258(1) s'accorde avec l'opinion du juge Spence dans *Rilling* et avec l'arrêt *R. c. Searle*, 2006 NBCA 118, 308 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 216, de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick.

[94] M. Searle avait entre autres fait valoir que le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires avait eu tort de conclure que les échantillons d'haleine avaient été obtenus légalement et que le ministère public pouvait bénéficier de la présomption établie à l'art. 258. Lors de son procès, il n'avait pas demandé que le certificat du technicien soit écarté en raison d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. La Cour d'appel conclut néanmoins :

Étant donné que l'ordre de fournir un échantillon d'haleine n'a pas été donné en parfaite conformité avec les dispositions du par. 254(3) du Code, il était illégal. Le ministère public ne peut s'appuyer sur la présomption contenue à l'alinéa 258(1)c) que si l'agent avait, au départ, des motifs raisonnables de donner l'ordre de fournir un échantillon d'haleine. En l'absence de cette présomption, il n'existe aucune preuve de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise. Le ministère public n'a donc pas réussi à prouver l'élément constitutif de l'infraction décrite à l'alinéa 253b) du Code. En résumé, le certificat est toujours admissible, mais le poursuivant n'est pas fondé à s'appuyer sur la présomption contenue à l'alinéa 258(1)c). L'accusé doit donc être acquitté relativement à l'accusation d'avoir commis l'infraction décrite à l'al. 253b) du Code. [par. 25]

[95] Au vu de ce qui précède, je suis d'avis d'écarter l'arrêt *Rilling*. Ma conclusion est conforme au principe selon lequel la Cour peut rompre avec une décision antérieure dont l'effet a été affaibli par ses décisions ultérieures (*R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 855-856, citant *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198).

C. *Écarter l'arrêt Rilling ne compromettrait pas le bon fonctionnement du régime législatif*

[96] Le ministère public fait valoir que si la Cour écarte l'arrêt *Rilling*, le bon fonctionnement du régime établi par la loi s'en trouvera compromis. Plus précisément, il soutient que, pour des considérations

allowing only *Charter* challenges to exclude certificates of analysis, and that to allow an accused to argue that the evidentiary presumptions are not available absent a *Charter* challenge is to promote “trial by ambush” (*Charette*, at para. 45). These concerns were referred to in *Charette* at the Ontario Court of Appeal (see discussion at paras. 44-46). My colleague, Justice Moldaver, in his reasons, also points to policy concerns in overruling *Rilling*, namely that requiring the Crown to prove the lawfulness of a breath demand before the evidentiary shortcuts apply would frustrate their overriding purpose (paras. 35-36). Of course, none of this detracts from the right of an accused to rely on the *Charter*, notably the protections against illegal search and seizure.

[97] For the reasons that follow, I cannot agree with the Crown that reversing *Rilling* would undermine the efficacy of the statutory scheme, or that it would disrupt the proper administration of justice.

[98] In prosecuting “over 80” charges, where the peace officer acted without reasonable grounds, if *Rilling* is overturned, the Crown will not be able to rely on the evidentiary shortcuts. It will take the Crown longer to prove its case; that follows from not being able to rely on the shortcuts. But it will still be able to prove its case where it has the evidence to do so. Thus, no injustice will arise. The Crown may be inconvenienced, but is it not more important that these provisions of the *Code* be given their proper meaning and effect? To ask the question is to answer it.

[99] To reverse *Rilling* is to do no more than affirm that the “reasonable grounds” referred to in s. 254(3) are a precondition for the reliance on the evidentiary presumptions in s. 258(1)(c) and (g). The Crown will simply need to prove the statutory precondition of reasonable grounds. Neither the police

de principe, seule une contestation fondée sur la *Charte* devrait pouvoir entraîner l’exclusion d’un certificat d’analyse et que permettre à l’accusé d’invoquer l’inapplicabilité des présomptions en matière de preuve même s’il n’a pas eu recours à une telle contestation revient à promouvoir l’[TRADUCTION] « embuscade » dans les procès (*Charette*, par. 45). La Cour d’appel de l’Ontario fait mention de ces craintes dans l’arrêt *Charette* (voir son analyse aux par. 44-46). Dans ses motifs, mon collègue le juge Moldaver invoque lui aussi des considérations de principe pour s’opposer à la mise à l’écart de l’arrêt *Rilling*, arguant que le fait d’exiger du ministère public qu’il établisse la légalité de l’ordre de fournir un échantillon d’haleine pour pouvoir utiliser les raccourcis contrecarrerait l’objectif primordial des dispositions (par. 35-36). Bien sûr, rien de tout cela ne porte atteinte au droit de l’accusé d’invoquer la *Charte*, notamment les protections de l’art. 8 contre les fouilles, les perquisitions et les saisies illégales.

[97] Pour les motifs qui suivent, je ne peux faire droit à la thèse du ministère public selon laquelle écarter l’arrêt *Rilling* compromettrait le bon fonctionnement du régime législatif ou nuirait à la bonne administration de la justice.

[98] S’il dépose des accusations pour conduite avec une alcoolémie « supérieure à 80 mg » alors que l’agent de la paix a agi sans motifs raisonnables, le ministère public ne pourra, si l’arrêt *Rilling* est écarté, recourir aux raccourcis en matière de preuve. Il lui faudra plus de temps pour établir sa preuve; telle est la conséquence du nonaccès aux raccourcis. Cependant, il pourra quand même arriver à ses fins s’il a en main les éléments de preuve nécessaires. Il n’y aura donc aucune injustice. Le ministère public en subira peut-être certains inconvénients, mais n’est-il pas plus important d’interpréter et d’appliquer correctement ces dispositions du *Code*? Poser la question, c’est y répondre.

[99] Écarter l’arrêt *Rilling* revient simplement à confirmer que l’existence des « motifs raisonnables » auxquels renvoie le par. 254(3) conditionne le recours aux présomptions en matière de preuve établies aux al. 258(1)(c) et g). Le ministère public devra simplement prouver qu’il satisfait à la condition légale

nor the Crown should object to conforming to the requirements of the law.

[100] As well, today's criminal procedure framework is different from that which was in place when *Rilling* was decided. As submitted by the CLA, current procedures, such as disclosure, charge screening and pre-trials, ensure that parties are aware of issues before a trial begins.

[101] If the rule in *Rilling* no longer applies, the evidentiary presumptions will not apply unless the statutory preconditions in s. 254(3) are met, i.e. the police officer had reasonable grounds to demand the breath sample. This is a distinct issue from whether the certificate would be *admissible*, which is governed by the rules of evidence subject to any s. 8 *Charter* applications. What is key is that these issues would be sorted out when the Crown seeks to have the certificate received in evidence. Thus, there would be no "ambush" after the Crown had closed its case. None of this would undermine the statutory scheme. In short, the effects of reversing *Rilling* would not be those suggested by the Crown.

### VIII. Disposition

[102] In light of the foregoing, I would allow the appeal, set aside Mr. Alex's conviction and order a new trial.

## APPENDIX

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

### Definitions

**254 (1)** In this section and sections 254.1 to 258.1,

**analyst** means a person designated by the Attorney General as an analyst for the purposes of section 258; (*analyste*)

qu'est l'existence de motifs raisonnables. Ni la police ni le ministère public ne devraient s'opposer au respect des exigences de la loi.

[100] Par ailleurs, l'encadrement procédural de l'instance criminelle diffère aujourd'hui de ce qu'il était lorsque l'arrêt *Rilling* a été rendu. Comme le signale la CLA, les mesures que sont par exemple la communication de la preuve, le filtrage des accusations et la conférence préparatoire permettent de nos jours aux parties de connaître à l'avance les questions qui feront l'objet du procès.

[101] Si la règle de l'arrêt *Rilling* ne s'applique plus, les présomptions en matière de preuve ne s'appliqueront que si la condition prévue au par. 254(3) a été observée, c.-à-d. que le policier avait des motifs raisonnables d'ordonner la fourniture de l'échantillon d'haleine. Il s'agit là d'une question distincte de celle de savoir si le certificat est *admissible*, laquelle est régie par les règles de preuve, sous réserve de la présentation de demandes sous le régime de l'art. 8 de la *Charte*. L'important est que la situation sera claire lorsque le ministère public demandera l'admission en preuve du certificat, qu'il n'y aura donc pas d'« embuscade » après qu'il aura clos sa preuve. La mise à l'écart de l'arrêt *Rilling* ne saurait compromettre le régime législatif. En résumé, ses effets ne seraient pas ceux que redoute le ministère public.

### VIII. Dispositif

[102] Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de M. Alex et d'ordonner un nouveau procès.

## ANNEXE

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46

### Définitions

**254 (1)** Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 254.1 à 258.1.

**agent évaluateur** Agent de la paix qui possède les qualités prévues par règlement pour effectuer des évaluations en vertu du paragraphe (3.1). (*evaluating officer*)

**approved container** means

(a) in respect of breath samples, a container of a kind that is designed to receive a sample of the breath of a person for analysis and is approved as suitable for the purposes of section 258 by order of the Attorney General of Canada, and

(b) in respect of blood samples, a container of a kind that is designed to receive a sample of the blood of a person for analysis and is approved as suitable for the purposes of section 258 by order of the Attorney General of Canada; (*contenant approuvé*)

**approved instrument** means an instrument of a kind that is designed to receive and make an analysis of a sample of the breath of a person in order to measure the concentration of alcohol in the blood of that person and is approved as suitable for the purposes of section 258 by order of the Attorney General of Canada; (*alcootest approuvé*)

**approved screening device** means a device of a kind that is designed to ascertain the presence of alcohol in the blood of a person and that is approved for the purposes of this section by order of the Attorney General of Canada; (*appareil de détection approuvé*)

**evaluating officer** means a peace officer who is qualified under the regulations to conduct evaluations under subsection (3.1); (*agent évaluateur*)

**qualified medical practitioner** means a person duly qualified by provincial law to practise medicine; (*médecin qualifié*)

**qualified technician** means,

(a) in respect of breath samples, a person designated by the Attorney General as being qualified to operate an approved instrument, and

(b) in respect of blood samples, any person or person of a class of persons designated by the Attorney General as being qualified to take samples of blood for the purposes of this section and sections 256 and 258. (*technicien qualifié*)

### Testing for presence of alcohol or a drug

(2) If a peace officer has reasonable grounds to suspect that a person has alcohol or a drug in their body and that

**alcootest approuvé** Instrument d'un type destiné à recueillir un échantillon de l'haleine d'une personne et à en faire l'analyse en vue de déterminer l'alcoolémie de cette personne et qui est approuvé pour l'application de l'article 258 par un arrêté du procureur général du Canada. (*approved instrument*)

**analyste** Personne désignée comme analyste par le procureur général pour l'application de l'article 258. (*analyst*)

**appareil de détection approuvé** Instrument d'un genre conçu pour déceler la présence d'alcool dans le sang d'une personne et approuvé pour l'application du présent article par un arrêté du procureur général du Canada. (*approved screening device*)

**contenant approuvé** Selon le cas :

a) contenant d'un type destiné à recueillir un échantillon de l'haleine d'une personne pour analyse et qui est approuvé comme contenant approprié pour l'application de l'article 258 par un arrêté du procureur général du Canada;

b) contenant d'un type destiné à recueillir un échantillon de sang d'une personne pour analyse et qui est approuvé pour l'application de l'article 258 par un arrêté du procureur général du Canada. (*approved container*)

**médecin qualifié** Personne qui a le droit d'exercer la médecine en vertu des lois de la province. (*qualified medical practitioner*)

**technicien qualifié**

a) Dans le cas d'un échantillon d'haleine, toute personne désignée par le procureur général comme étant qualifiée pour manipuler un alcootest approuvé;

b) dans le cas d'un échantillon de sang, toute personne désignée par le procureur général, ou qui fait partie d'une catégorie désignée par celui-ci, comme étant qualifiée pour prélever un échantillon de sang pour l'application du présent article et des articles 256 et 258. (*qualified technician*)

### Contrôle pour vérifier la présence d'alcool ou de drogue

(2) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une personne a dans son organisme de



the person has, within the preceding three hours, operated a motor vehicle or vessel, operated or assisted in the operation of an aircraft or railway equipment or had the care or control of a motor vehicle, a vessel, an aircraft or railway equipment, whether it was in motion or not, the peace officer may, by demand, require the person to comply with paragraph (a), in the case of a drug, or with either or both of paragraphs (a) and (b), in the case of alcohol:

(a) to perform forthwith physical coordination tests prescribed by regulation to enable the peace officer to determine whether a demand may be made under subsection (3) or (3.1) and, if necessary, to accompany the peace officer for that purpose; and

(b) to provide forthwith a sample of breath that, in the peace officer's opinion, will enable a proper analysis to be made by means of an approved screening device and, if necessary, to accompany the peace officer for that purpose.

### Video recording

(2.1) For greater certainty, a peace officer may make a video recording of a performance of the physical coordination tests referred to in paragraph (2)(a).

### Samples of breath or blood

(3) If a peace officer has reasonable grounds to believe that a person is committing, or at any time within the preceding three hours has committed, an offence under section 253 as a result of the consumption of alcohol, the peace officer may, by demand made as soon as practicable, require the person

(a) to provide, as soon as practicable,

(i) samples of breath that, in a qualified technician's opinion, will enable a proper analysis to be made to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood, or

(ii) if the peace officer has reasonable grounds to believe that, because of their physical condition, the person may be incapable of providing a sample of breath or it would be impracticable to obtain a sample of breath, samples of blood that, in the opinion of the qualified medical practitioner or qualified technician taking the samples, will

l'alcool ou de la drogue et que, dans les trois heures précédentes, elle a conduit un véhicule — véhicule à moteur, bateau, aéronef ou matériel ferroviaire — ou en a eu la garde ou le contrôle ou que, s'agissant d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, elle a aidé à le conduire, le véhicule ayant été en mouvement ou non, peut lui ordonner de se soumettre aux mesures prévues à l'alinéa a), dans le cas où il soupçonne la présence de drogue, ou aux mesures prévues à l'un ou l'autre des alinéas a) et b), ou aux deux, dans le cas où il soupçonne la présence d'alcool, et, au besoin, de le suivre à cette fin :

a) subir immédiatement les épreuves de coordination des mouvements prévues par règlement afin que l'agent puisse décider s'il y a lieu de donner l'ordre prévu aux paragraphes (3) ou (3.1);

b) fournir immédiatement l'échantillon d'haleine que celui-ci estime nécessaire à la réalisation d'une analyse convenable à l'aide d'un appareil de détection approuvé.

### Enregistrement vidéo

(2.1) Il est entendu que l'agent de la paix peut procéder à l'enregistrement vidéo des épreuves de coordination des mouvements ordonnées en vertu de l'alinéa (2)a).

### Prélèvement d'échantillon d'haleine ou de sang

(3) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des trois heures précédentes, une infraction prévue à l'article 253 par suite d'absorption d'alcool peut, à condition de le faire dans les meilleurs délais, lui ordonner :

a) de lui fournir dans les meilleurs délais les échantillons suivants :

(i) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable permettant de déterminer son alcoolémie,

(ii) soit les échantillons de sang qui, de l'avis du technicien ou du médecin qualifiés qui effectuent le prélèvement, sont nécessaires à une analyse convenable permettant de déterminer son alcoolémie, dans le cas où l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'à cause de l'état physique de cette personne elle peut être

enable a proper analysis to be made to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood; and

(b) if necessary, to accompany the peace officer for that purpose.

### **Evaluation**

(3.1) If a peace officer has reasonable grounds to believe that a person is committing, or at any time within the preceding three hours has committed, an offence under paragraph 253(1)(a) as a result of the consumption of a drug or of a combination of alcohol and a drug, the peace officer may, by demand made as soon as practicable, require the person to submit, as soon as practicable, to an evaluation conducted by an evaluating officer to determine whether the person's ability to operate a motor vehicle, a vessel, an aircraft or railway equipment is impaired by a drug or by a combination of alcohol and a drug, and to accompany the peace officer for that purpose.

### **Video recording**

(3.2) For greater certainty, a peace officer may make a video recording of an evaluation referred to in subsection (3.1).

### **Testing for presence of alcohol**

(3.3) If the evaluating officer has reasonable grounds to suspect that the person has alcohol in their body and if a demand was not made under paragraph (2)(b) or subsection (3), the evaluating officer may, by demand made as soon as practicable, require the person to provide, as soon as practicable, a sample of breath that, in the evaluating officer's opinion, will enable a proper analysis to be made by means of an approved instrument.

### **Samples of bodily substances**

(3.4) If, on completion of the evaluation, the evaluating officer has reasonable grounds to believe, based on the evaluation, that the person's ability to operate a motor vehicle, a vessel, an aircraft or railway equipment is impaired by a drug or by a combination of alcohol and a drug, the evaluating officer may, by demand made as soon as practicable, require the person to provide, as soon as practicable,

incapable de fournir un échantillon d'haleine ou le prélèvement d'un tel échantillon serait difficilement réalisable;

b) de le suivre, au besoin, pour que puissent être prélevés les échantillons de sang ou d'haleine.

### **Évaluation**

(3.1) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des trois heures précédentes, une infraction prévue à l'alinéa 253(1)a) par suite de l'absorption d'une drogue ou d'une combinaison d'alcool et de drogue peut, à condition de le faire dans les meilleurs délais, lui ordonner de se soumettre dans les meilleurs délais à une évaluation afin que l'agent évaluateur vérifie si sa capacité de conduire un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire est affaiblie par suite d'une telle absorption, et de le suivre afin qu'il soit procédé à cette évaluation.

### **Enregistrement vidéo**

(3.2) Il est entendu que l'agent de la paix peut procéder à l'enregistrement vidéo de l'évaluation visée au paragraphe (3.1).

### **Contrôle pour vérifier la présence d'alcool**

(3.3) Dans le cas où aucun ordre n'a été donné en vertu de l'alinéa (2)b) ou du paragraphe (3), l'agent évaluateur, s'il a des motifs raisonnables de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme de la personne, peut, à condition de le faire dans les meilleurs délais, ordonner à celle-ci de lui fournir dans les meilleurs délais l'échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire à la réalisation d'une analyse convenable à l'aide d'un alcootest approuvé.

### **Prélèvement de substances corporelles**

(3.4) Une fois l'évaluation de la personne complétée, l'agent évaluateur qui a, sur le fondement de cette évaluation, des motifs raisonnables de croire que la capacité de celle-ci de conduire un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet d'une drogue ou par l'effet combiné de l'alcool et d'une drogue peut, à condition de le faire dans les meilleurs délais, lui ordonner de se soumettre dans les meilleurs délais aux mesures suivantes :

(a) a sample of either oral fluid or urine that, in the evaluating officer's opinion, will enable a proper analysis to be made to determine whether the person has a drug in their body; or

(b) samples of blood that, in the opinion of the qualified medical practitioner or qualified technician taking the samples, will enable a proper analysis to be made to determine whether the person has a drug in their body.

### Condition

(4) Samples of blood may be taken from a person under subsection (3) or (3.4) only by or under the direction of a qualified medical practitioner who is satisfied that taking the samples would not endanger the person's life or health.

### Failure or refusal to comply with demand

(5) Everyone commits an offence who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made under this section.

### Only one determination of guilt

(6) A person who is convicted of an offence under subsection (5) for a failure or refusal to comply with a demand may not be convicted of another offence under that subsection in respect of the same transaction.

### Proceedings under section 255

**258 (1)** In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or subsection 254(5) or in any proceedings under any of subsections 255(2) to (3.2),

(a) where it is proved that the accused occupied the seat or position ordinarily occupied by a person who operates a motor vehicle, vessel or aircraft or any railway equipment or who assists in the operation of an aircraft or of railway equipment, the accused shall be deemed to have had the care or control of the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, as the case may be, unless the accused establishes that the accused did

a) soit le prélèvement de l'échantillon de liquide buccal ou d'urine qui, de l'avis de l'agent évaluateur, est nécessaire à une analyse convenable permettant de déterminer la présence d'une drogue dans son organisme;

b) soit le prélèvement des échantillons de sang qui, de l'avis du technicien ou du médecin qualifiés qui effectuent le prélèvement, sont nécessaires à une analyse convenable permettant de déterminer la présence d'une drogue dans son organisme.

### Limite

(4) Les échantillons de sang ne peuvent être prélevés d'une personne en vertu des paragraphes (3) ou (3.4) que par un médecin qualifié ou sous sa direction et à la condition qu'il soit convaincu que ces prélèvements ne risquent pas de mettre en danger la vie ou la santé de cette personne.

### Omission ou refus d'obtempérer

(5) Commet une infraction quiconque, sans excuse raisonnable, omet ou refuse d'obtempérer à un ordre donné en vertu du présent article.

### Une seule déclaration de culpabilité

(6) La personne déclarée coupable d'une infraction prévue au paragraphe (5) à la suite du refus ou de l'omission d'obtempérer à un ordre ne peut être déclarée coupable d'une autre infraction prévue à ce paragraphe concernant la même affaire.

### Poursuites en vertu de l'article 255

**258 (1)** Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou au paragraphe 254(5) ou dans des poursuites engagées en vertu de l'un des paragraphes 255(2) à (3.2) :

a) lorsqu'il est prouvé que l'accusé occupait la place ou la position ordinairement occupée par la personne qui conduit le véhicule à moteur, le bateau, l'aéronef ou le matériel ferroviaire, ou qui aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, il est réputé en avoir eu la garde ou le contrôle à moins qu'il n'établisse qu'il n'occupait pas cette place ou position dans le but de mettre en marche ce véhicule, ce bateau, cet

not occupy that seat or position for the purpose of setting the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment in motion or assisting in the operation of the aircraft or railway equipment, as the case may be;

**(b)** the result of an analysis of a sample of the accused's breath, blood, urine or other bodily substance — other than a sample taken under subsection 254(3), (3.3) or (3.4) — may be admitted in evidence even if the accused was not warned before they gave the sample that they need not give the sample or that the result of the analysis of the sample might be used in evidence;

**(c)** where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

**(i)** [Repealed before coming into force, 2008, c. 20, s. 3]

**(ii)** each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

**(iii)** each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

**(iv)** an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the analyses so made is conclusive proof that the concentration of alcohol in the

aéronef ou ce matériel ferroviaire, ou dans le but d'aider à conduire l'aéronef ou le matériel ferroviaire, selon le cas;

**b)** le résultat d'une analyse d'un échantillon de l'haleine, du sang, de l'urine ou d'une autre substance corporelle de l'accusé — autre qu'un échantillon prélevé en vertu des paragraphes 254(3), (3.3) ou (3.4) — peut être admis en preuve même si, avant de donner l'échantillon, l'accusé n'a pas été averti qu'il n'était pas tenu de le donner ou que le résultat de l'analyse de l'échantillon pourrait servir en preuve;

**c)** lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi de façon concluante, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que les résultats des analyses montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang découlent du mauvais fonctionnement ou de l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, de l'alcoolémie de l'accusé tant au moment des analyses qu'à celui où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

**(i)** [Abrogé avant d'entrer en vigueur, 2008, c. 20, art. 3]

**(ii)** chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes,

**(iii)** chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

**(iv)** une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié;

accused's blood both at the time when the analyses were made and at the time when the offence was alleged to have been committed was, if the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, if the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses, in the absence of evidence tending to show all of the following three things — that the approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, that the malfunction or improper operation resulted in the determination that the concentration of alcohol in the accused's blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, and that the concentration of alcohol in the accused's blood would not in fact have exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed;

**(d)** if a sample of the accused's blood has been taken under subsection 254(3) or section 256 or with the accused's consent and if

**(i)** at the time the sample was taken, the person taking the sample took an additional sample of the blood of the accused and one of the samples was retained to permit an analysis of it to be made by or on behalf of the accused and, in the case where the accused makes a request within six months from the taking of the samples, one of the samples was ordered to be released under subsection (4),

**(ii)** both samples referred to in subparagraph (i) were taken as soon as practicable and in any event not later than two hours after the time when the offence was alleged to have been committed,

**d)** lorsqu'un échantillon de sang de l'accusé a été prélevé en vertu du paragraphe 254(3) ou de l'article 256 ou prélevé avec le consentement de l'accusé, la preuve du résultat de l'analyse ainsi faite fait foi de façon concluante, en l'absence de toute preuve tendant à démontrer à la fois que le résultat de l'analyse montrant une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang découle du fait que l'analyse n'a pas été faite correctement et que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, de l'alcoolémie de l'accusé tant au moment du prélèvement de l'échantillon qu'à celui où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant au résultat de l'analyse, ou, si plus d'un échantillon a été analysé, aux résultats des analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

**(i)** au moment où l'échantillon a été prélevé, la personne qui le prélevait a pris un échantillon supplémentaire du sang de l'accusé et un échantillon a été gardé pour en permettre l'analyse à la demande de l'accusé et, si celui-ci fait la demande visée au paragraphe (4) dans les six mois du prélèvement, une ordonnance de remise de l'échantillon a été rendue en conformité avec ce paragraphe,

**(ii)** les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été prélevés dans les meilleurs délais après la commission de l'infraction alléguée et dans tous les cas au plus tard deux heures après,

(iii) both samples referred to in subparagraph (i) were taken by a qualified medical practitioner or a qualified technician under the direction of a qualified medical practitioner,

(iv) both samples referred to in subparagraph (i) were received from the accused directly into, or placed directly into, approved containers that were subsequently sealed, and

(v) an analysis was made by an analyst of at least one of the samples,

evidence of the result of the analysis is conclusive proof that the concentration of alcohol in the accused's blood both at the time when the samples were taken and at the time when the offence was alleged to have been committed was the concentration determined by the analysis or, if more than one sample was analyzed and the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, if the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses, in the absence of evidence tending to show all of the following three things — that the analysis was performed improperly, that the improper performance resulted in the determination that the concentration of alcohol in the accused's blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, and that the concentration of alcohol in the accused's blood would not in fact have exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed;

**(d.01)** for greater certainty, evidence tending to show that an approved instrument was malfunctioning or was operated improperly, or that an analysis of a sample of the accused's blood was performed improperly, does not include evidence of

(i) the amount of alcohol that the accused consumed,

(ii) the rate at which the alcohol that the accused consumed would have been absorbed and eliminated by the accused's body, or

(iii) a calculation based on that evidence of what the concentration of alcohol in the accused's blood would have been at the time when the offence was alleged to have been committed;

**(d.1)** if samples of the accused's breath or a sample of the accused's blood have been taken as described in paragraph (c) or (d) under the conditions described in

(iii) les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été prélevés par un médecin qualifié ou un technicien qualifié sous la direction d'un médecin qualifié,

(iv) les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été reçus de l'accusé directement, ou ont été placés directement, dans des contenants approuvés et scellés,

(v) l'analyse d'au moins un des échantillons a été faite par un analyste;

**d.01)** il est entendu que ne constituent pas une preuve tendant à démontrer le mauvais fonctionnement ou l'utilisation incorrecte de l'alcootest approuvé ou le fait que les analyses ont été effectuées incorrectement les éléments de preuve portant :

(i) soit sur la quantité d'alcool consommé par l'accusé,

(ii) soit sur le taux d'absorption ou d'élimination de l'alcool par son organisme,

(iii) soit sur le calcul, fondé sur ces éléments de preuve, de ce qu'aurait été son alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise;

**d.1)** si les analyses visées aux alinéas c) ou d) montrent une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, le résultat

that paragraph and the results of the analyses show a concentration of alcohol in blood exceeding 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, evidence of the results of the analyses is proof that the concentration of alcohol in the accused's blood at the time when the offence was alleged to have been committed exceeded 80 mg of alcohol in 100 mL of blood, in the absence of evidence tending to show that the accused's consumption of alcohol was consistent with both

- (i) a concentration of alcohol in the accused's blood that did not exceed 80 mg of alcohol in 100 mL of blood at the time when the offence was alleged to have been committed, and
  - (ii) the concentration of alcohol in the accused's blood as determined under paragraph (c) or (d), as the case may be, at the time when the sample or samples were taken;
- (e) a certificate of an analyst stating that the analyst has made an analysis of a sample of the blood, urine, breath or other bodily substance of the accused and stating the result of that analysis is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate;
- (f) a certificate of an analyst stating that the analyst has made an analysis of a sample of an alcohol standard that is identified in the certificate and intended for use with an approved instrument and that the sample of the standard analyzed by the analyst was found to be suitable for use with an approved instrument, is evidence that the alcohol standard so identified is suitable for use with an approved instrument without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate;
- (f.1) the document printed out from an approved instrument and signed by a qualified technician who certifies it to be the printout produced by the approved instrument when it made the analysis of a sample of the accused's breath is evidence of the facts alleged in the document without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed it;
- (g) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

des analyses fait foi d'une telle alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise, en l'absence de preuve tendant à démontrer que la consommation d'alcool par l'accusé était compatible avec, à la fois :

- (i) une alcoolémie ne dépassant pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang au moment où l'infraction aurait été commise,
  - (ii) l'alcoolémie établie par les analyses visées aux alinéas c) ou d), selon le cas, au moment du prélèvement des échantillons;
- e) le certificat d'un analyste déclarant qu'il a effectué l'analyse d'un échantillon de sang, d'urine, d'haleine ou d'une autre substance corporelle de l'accusé et indiquant les résultats de son analyse fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature ou la qualité officielle du signataire;
- f) le certificat d'un analyste déclarant qu'il a effectué une analyse d'un échantillon d'un alcool type identifié dans le certificat et conçu pour être utilisé avec un alcootest approuvé, et qu'il s'est révélé que l'échantillon analysé par lui convenait bien pour l'utilisation avec un alcootest approuvé, fait foi de ce que l'alcool type ainsi identifié est convenable pour utilisation avec un alcootest approuvé, sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire;
- f.1) le document imprimé par l'alcootest approuvé où figurent les opérations effectuées par celui-ci et qui en démontre le bon fonctionnement lors de l'analyse des échantillons de l'haleine de l'accusé, signé et certifié comme tel par le technicien qualifié, fait preuve des faits qui y sont allégués sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature ou la qualité officielle du signataire;
- g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient :

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

(A) [Repealed before coming into force, 2008, c. 20, s. 3]

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate;

(h) if a sample of the accused's blood has been taken under subsection 254(3) or (3.4) or section 256 or with the accused's consent,

(i) a certificate of a qualified medical practitioner stating that

(A) they took the sample and before the sample was taken they were of the opinion that taking it would not endanger the accused's life or health and, in the case of a demand made under section 256, that by reason of any physical or mental condition of the accused that resulted from the consumption of alcohol or a drug, the accident or any other occurrence related to or resulting from the accident, the accused was unable to consent to the taking of the sample,

(B) at the time the sample was taken, an additional sample of the blood of the accused

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons :

(A) [Abrogé avant d'entrer en vigueur, 2008, c. 20, art. 3]

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la division (A) ont été prélevés,

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui;

(h) lorsque les échantillons du sang de l'accusé ont été prélevés en vertu des paragraphes 254(3) ou (3.4) ou de l'article 256 ou prélevés avec le consentement de l'accusé, un certificat d'un médecin ou d'un technicien qualifiés fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature ou la qualité officielle du signataire dans l'un ou l'autre des cas suivants :

(i) le certificat du médecin qualifié contient :

(A) la mention qu'il a lui-même prélevé les échantillons et que, avant de les prélever, il était d'avis que ces derniers ne mettraient pas en danger la vie ou la santé de l'accusé et, dans le cas d'un ordre donné en vertu de l'article 256, que l'accusé était incapable de donner un consentement au prélèvement de son sang à cause de l'état physique ou psychologique dans lequel il se trouvait en raison de l'absorption d'alcool ou de drogue, de l'accident ou de tout événement découlant de l'accident ou lié à celui-ci,

(B) la mention qu'au moment du prélèvement de l'échantillon, un autre échantillon



was taken to permit analysis of one of the samples to be made by or on behalf of the accused,

(C) the time when and place where both samples referred to in clause (B) were taken, and

(D) both samples referred to in clause (B) were received from the accused directly into, or placed directly into, approved containers that were subsequently sealed and that are identified in the certificate,

(ii) a certificate of a qualified medical practitioner stating that the medical practitioner caused the sample to be taken by a qualified technician under his direction and that before the sample was taken the qualified medical practitioner was of the opinion referred to in clause (i)(A), or

(iii) a certificate of a qualified technician stating that the technician took the sample and the facts referred to in clauses (i)(B) to (D)

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed the certificate; and

(i) a certificate of an analyst stating that the analyst has made an analysis of a sample of the blood of the accused that was contained in a sealed approved container identified in the certificate, the date on which and place where the sample was analyzed and the result of that analysis is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed it.

### **Evidence of failure to give sample**

(2) Unless a person is required to give a sample of a bodily substance under paragraph 254(2)(b) or subsection 254(3), (3.3) or (3.4), evidence that they failed or refused to give a sample for analysis for the purposes of this section or that a sample was not taken is not admissible and the failure, refusal or fact that a sample was not taken shall not be the subject of comment by any person in the proceedings.

### **Evidence of failure to comply with demand**

(3) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under paragraph 253(1)(a)

du sang de l'accusé a été prélevé pour en permettre une analyse à la demande de celui-ci,

(C) la mention du temps et du lieu où les échantillons mentionnés à la division (B) ont été prélevés,

(D) la mention que les échantillons mentionnés à la division (B) ont été reçus directement de l'accusé ou ont été placés directement dans des contenants approuvés, scellés et identifiés dans le certificat,

(ii) le certificat du médecin qualifié énonce qu'il a fait prélever les échantillons par un technicien qualifié sous sa direction et qu'il était de l'avis mentionné à la division (i)(A),

(iii) le certificat du technicien qualifié énonce les faits mentionnés aux divisions (i)(B) à (D) et qu'il a prélevé les échantillons;

i) le certificat de l'analyste déclarant qu'il a effectué une analyse d'un échantillon du sang de l'accusé présent dans un contenant approuvé, scellé et identifié dans le certificat, indiquant le moment, le lieu de l'analyse et le résultat de celle-ci fait foi des faits énoncés dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature ou la qualité officielle du signataire.

### **Preuve de l'omission de fournir un échantillon**

(2) Sauf si une personne est tenue de fournir un échantillon d'une substance corporelle aux termes de l'alinéa 254(2)b) ou des paragraphes 254(3), (3.3) ou (3.4), la preuve qu'elle a omis ou refusé de fournir pour analyse un échantillon pour l'application du présent article, ou que l'échantillon n'a pas été prélevé, n'est pas admissible; de plus, l'omission ou le refus ou le fait qu'un échantillon n'a pas été prélevé ne saurait faire l'objet de commentaires par qui que ce soit au cours des procédures.

### **Preuve de l'omission d'obtempérer à un ordre**

(3) Dans toute poursuite engagée en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à

or in any proceedings under subsection 255(2) or (3), evidence that the accused, without reasonable excuse, failed or refused to comply with a demand made under section 254 is admissible and the court may draw an inference adverse to the accused from that evidence.

#### **Release of sample for analysis**

(4) If, at the time a sample of an accused's blood is taken, an additional sample is taken and retained, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a court of criminal jurisdiction shall, on the summary application of the accused made within six months after the day on which the samples were taken, order the release of one of the samples for the purpose of examination or analysis, subject to any terms that appear to be necessary or desirable to ensure that the sample is safeguarded and preserved for use in any proceedings in respect of which it was taken.

#### **Testing of blood for concentration of a drug**

(5) A sample of an accused's blood taken under subsection 254(3) or section 256 or with the accused's consent for the purpose of analysis to determine the concentration, if any, of alcohol in the blood may be tested to determine the concentration, if any, of a drug in the blood.

#### **Attendance and right to cross-examine**

(6) A party against whom a certificate described in paragraph (1)(e), (f), (f.1), (g), (h) or (i) is produced may, with leave of the court, require the attendance of the qualified medical practitioner, analyst or qualified technician, as the case may be, for the purposes of cross-examination.

#### **Notice of intention to produce certificate**

(7) No certificate shall be received in evidence pursuant to paragraph (1)(e), (f), (g), (h) or (i) unless the party intending to produce it has, before the trial, given to the other party reasonable notice of his intention and a copy of the certificate.

*Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and ABELLA, BROWN and ROWE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Mott Welsh & Associates, Penticton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

l'alinéa 253(1)a) ou en vertu des paragraphes 255(2) ou (3), la preuve que l'accusé a, sans excuse raisonnable, omis ou refusé d'obtempérer à un ordre qui lui a été donné en vertu de l'article 254 est admissible et le tribunal peut en tirer une conclusion défavorable à l'accusé.

#### **Accessibilité au spécimen pour analyse**

(4) Si, au moment du prélèvement de l'échantillon du sang de l'accusé, un échantillon supplémentaire de celui-ci a été pris et gardé, un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'une cour de juridiction criminelle peut, sur demande sommaire de l'accusé présentée dans les six mois du prélèvement, ordonner qu'un spécimen de son sang lui soit remis pour examen ou analyse. L'ordonnance peut être assortie des conditions estimées nécessaires ou souhaitables pour assurer la conservation du spécimen et sa disponibilité lors des procédures en vue desquelles il a été prélevé.

#### **Analyse du sang pour déceler des drogues**

(5) Un échantillon de sang d'un accusé prélevé pour déterminer son alcoolémie en vertu du paragraphe 254(3) ou de l'article 256 ou avec le consentement de l'accusé peut être analysé afin de déterminer la quantité de drogue dans son sang.

#### **Présence et droit de contre-interroger**

(6) Une partie contre qui est produit un certificat mentionné aux alinéas (1)e), f), f.1), g), h) ou i) peut, avec l'autorisation du tribunal, exiger la présence de l'analyste, du technicien qualifié ou du médecin qualifié, selon le cas, pour contre-interroger.

#### **Avis de l'intention de produire le certificat**

(7) Aucun certificat ne peut être reçu en preuve en conformité avec l'alinéa (1)e), f), g), h) ou i), à moins que la partie qui a l'intention de le produire n'ait, avant le procès, donné à l'autre partie un avis raisonnable de son intention et une copie du certificat.

*Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges ABELLA, BROWN et ROWE sont dissidents.*

*Procureurs de l'appellant : Mott Welsh & Associates, Penticton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*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 Criminal Lawyers' Association (Ontario): Jonathan M. Rosenthal, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Jonathan M. Rosenthal, Toronto.*

**Barbara George** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. GEORGE**

**2017 SCC 38**

File No.: 37372.

Hearing and judgment: April 28, 2017.

Reasons delivered: July 7, 2017.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Defences — Mistake of age — Appeals — Jurisdiction of Court of Appeal — Verdict of acquittal — Accused charged with sexual offences against youth — Availability of mistake of age defence limited by requirement that accused took all reasonable steps to ascertain complainant's age — Whether trial judge made legal errors in reasonable steps analysis — If so, whether errors were sufficiently material to justify appellate intervention — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 150.1(4).*

When G was 35 years old, she had sex with C.D., a male youth who was approximately 14 and a half. At the time, she presumed that C.D. was around 17. G was charged with the offences of sexual interference and sexual assault. Her only available defence was mistake of age. Section 150.1(4) of the *Criminal Code* limits the availability of the mistake of age defence by requiring that the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant. The trial judge acquitted G of both offences based on a reasonable doubt about whether the Crown proved that she had failed to take all reasonable steps to determine C.D.'s age. The majority of the Court of Appeal allowed an appeal, quashed the acquittals and ordered a new trial.

**Barbara George** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. GEORGE**

**2017 CSC 38**

N° du greffe : 37372.

Audition et jugement : 28 avril 2017.

Motifs déposés : 7 juillet 2017.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Côté.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit criminel — Moyens de défense — Erreur sur l'âge — Appels — Compétence de la Cour d'appel — Verdict d'acquiescement — Accusée inculpée d'infractions sexuelles contre un jeune — Ouverture de la défense d'erreur sur l'âge limitée par l'obligation faite aux accusés de démontrer qu'ils ont pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge des plaignants — Le juge du procès a-t-il commis des erreurs de droit lors de son analyse des mesures raisonnables? — Dans l'affirmative, ces erreurs étaient-elles suffisamment importantes pour justifier l'intervention de la Cour d'appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1(4).*

Lorsque G était âgée de 35 ans, elle a eu des rapports sexuels avec C.D., un jeune d'approximativement 14 ans et demi. Au moment des faits, elle a présumé que C.D. avait environ 17 ans. G a été accusée de contacts sexuels et d'agression sexuelle. Le seul moyen de défense dont elle disposait était l'erreur sur l'âge. Le paragraphe 150.1(4) du *Code criminel* limite l'ouverture de la défense d'erreur sur l'âge du fait qu'il exige de l'accusé qu'il ait pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant. Le juge du procès a acquitté G des deux infractions pour le motif qu'un doute raisonnable persistait relativement à la question de savoir si le ministère public avait prouvé que G avait omis de prendre toutes les mesures raisonnables pour déterminer l'âge de C.D. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel, annulé les acquiescements et ordonné un nouveau procès.

*Held:* The appeal should be allowed and the acquittals restored.

Crown appeals against acquittals in proceedings by indictment are limited to questions of law alone. The trial judgment concerned indictable offences and contained no errors of law. As a result, the Court of Appeal lacked jurisdiction to interfere.

To convict an accused person who demonstrates an air of reality to the mistake of age defence, the Crown must prove beyond a reasonable doubt either that the accused person did not honestly believe the complainant was at least 16 or did not take all reasonable steps to ascertain the complainant's age. Determining what raises a reasonable doubt is a highly contextual, fact-specific exercise. The more reasonable an accused's perception of the complainant's age, the fewer steps reasonably required of them. In this case, the trial judge considered various factors, including C.D.'s physical appearance, behaviour and activities, the age and appearance of C.D.'s social group, and the circumstances in which G had observed C.D.

Whether an error is legal generally turns on its character, not its severity. The majority of the Court of Appeal erred by translating strong opposition to the trial judge's factual inferences into supposed legal errors. The trial judge did not rely on C.D.'s level of sexual experience as revealed by the sexual encounter itself. Rather, the trial judge considered information known to G before sexual contact, such as how C.D. came to her bedroom uninvited and spoke with her for several hours about various topics, many reflecting maturity, others suggestive in nature. No legal error arises from this. This was a reference to C.D.'s conduct in the hours before the sexual contact, a factor reasonably informing G's perception of C.D.'s age before sexual contact. The trial judge also did not err by considering evidence that did not precede the sexual encounter. Reasonable steps must precede the sexual activity but requiring that the evidence to prove reasonable steps must also precede the sexual activity conflates the fact to be proven with the evidence that may be used to prove it. When determining the relevance of evidence, both its purpose and its timing must be considered. Evidence properly informing the credibility or reliability of any witness, even if that evidence arose after the sexual activity in question, may be considered by the trial judge.

*Arrêt :* L'appel est accueilli et les acquittements sont rétablis.

Les appels susceptibles d'être formés par le ministère public contre un acquittement prononcé à l'égard de procédures sur acte d'accusation se limitent aux appels fondés sur des questions de droit seulement. Le jugement de première instance concernait des actes criminels et ne comportait aucune erreur de droit. En conséquence, la Cour d'appel n'avait pas compétence pour intervenir à l'égard de ce jugement.

Pour que soit déclaré coupable un accusé qui démontre que sa défense d'erreur sur l'âge possède une apparence de vraisemblance, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable soit que l'accusé ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d'au moins 16 ans, soit que l'accusé n'a pas pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant. Déterminer s'il existe un doute raisonnable constitue une analyse éminemment contextuelle et tributaire des faits. Plus la perception qu'a l'accusé de l'âge du plaignant est raisonnable, moins le nombre de mesures raisonnablement requises de la part du premier sera élevé. En l'espèce, le juge du procès a examiné divers facteurs tels l'apparence physique, le comportement et les activités de C.D., l'âge et l'apparence des membres du groupe social de C.D., ainsi que les situations dans lesquelles G avait observé celui-ci.

En général, la question de savoir si une erreur constitue une erreur de droit dépend de son caractère, et non de sa gravité. La majorité de la Cour d'appel a fait erreur en assimilant sa forte opposition aux inférences factuelles du juge du procès à de prétendues erreurs de droit. Le juge du procès ne s'est pas appuyé sur le niveau d'expérience sexuelle de C.D. que révélait la relation sexuelle elle-même. Il a plutôt considéré l'information connue de G avant que ne se déroule l'activité sexuelle, par exemple le fait que C.D. était entré dans la chambre à coucher de G sans y être invité et qu'il avait parlé avec elle pendant plusieurs heures de sujets variés, dont bon nombre révélaient de la maturité, alors que d'autres avaient un caractère suggestif. Il n'en découle aucune erreur de droit. Il s'agissait de mentions concernant la conduite de C.D. dans les heures qui ont précédé l'activité sexuelle, facteur ayant raisonnablement contribué, avant l'activité sexuelle, à la perception de G quant à l'âge de C.D. Le juge du procès n'a pas non plus commis d'erreur en considérant des éléments de preuve qui n'étaient pas antérieurs à l'activité sexuelle. Les mesures raisonnables doivent avoir été prises avant l'activité sexuelle, mais exiger que la preuve visant à établir ces mesures soit elle aussi antérieure à l'activité sexuelle confond le fait qui doit être prouvé avec la preuve

Similarly, evidence demonstrating the reasonableness of the accused person's perception of the complainant's age before sexual contact is relevant, even if that evidence happens to arise after the sexual activity or was not known to the accused before the sexual activity.

Even if the trial judge had made legal errors, they would not have justified the intervention of the Court of Appeal. The threshold of materiality required to justify appellate intervention in a Crown appeal from an acquittal is an error about which there is a reasonable degree of certainty of its materiality. That threshold is not met in this case. There was no reasonable degree of certainty that the alleged errors were material to the trial judge's verdict.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Duran*, 2013 ONCA 343, 3 C.R. (7th) 274; *R. v. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42; *R. v. K. (R.A.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 93; *R. v. Tannas*, 2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166; *R. v. Gashikanyi*, 2015 ABCA 1, 588 A.R. 386; *R. v. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. v. Osborne* (1992), 17 C.R. (4th) 350; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Mastel*, 2011 SKCA 16, 84 C.R. (6th) 405; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 150.1(1), 150.1(2.1), 150.1(4), 151, 153, 271, 273.1(2)(c), 676(1)(a).

#### Authors Cited

Benedet, Janine. Annotation to *R. v. Mastel* (2011), 84 C.R. (6th) 405.  
 Benedet, Janine. Comment on *R. v. Tannas* (2015), 21 C.R. (7th) 166.  
 Maleszyk, Anna. *Crimes Against Children: Prosecution and Defence*, vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated April 2017, release 32).

qui peut être utilisée à cette fin. Le tribunal appelé à statuer sur la pertinence d'éléments de preuve doit tenir compte à la fois de l'objectif de ces éléments et de leur chronologie. Le juge du procès peut prendre en compte un élément de preuve qui étaye adéquatement la crédibilité ou la fiabilité de tout témoin, même si cet élément est postérieur à l'activité sexuelle en question. De même, un élément de preuve établissant le caractère raisonnable de la perception de l'accusé quant à l'âge du plaignant avant l'activité sexuelle est pertinent, même si cet élément de preuve est postérieur à l'activité sexuelle, ou n'était pas connu de l'accusé avant l'activité sexuelle.

Même si le juge du procès avait commis des erreurs de droit, ces erreurs n'auraient pas justifié l'intervention de la Cour d'appel. Pour qu'une erreur justifie une cour d'appel d'intervenir dans un appel interjeté par le ministère public contre un acquittement, il doit s'agir d'une erreur dont l'importance présente un degré raisonnable de certitude. Ce seuil n'est pas atteint en l'espèce. Il n'est pas possible de conclure avec un degré raisonnable de certitude que les erreurs reprochées au juge du procès avaient une incidence substantielle sur son verdict.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Duran*, 2013 ONCA 343, 3 C.R. (7th) 274; *R. c. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42; *R. c. K. (R.A.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 93; *R. c. Tannas*, 2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166; *R. c. Gashikanyi*, 2015 ABCA 1, 588 A.R. 386; *R. c. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481; *R. c. Osborne* (1992), 17 C.R. (4th) 350; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Mastel*, 2011 SKCA 16, 84 C.R. (6th) 405; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1(1), 150.1(2.1), 150.1(4), 151, 153, 271, 273.1(2)(c), 676(1)a.

#### Doctrine et autres documents cités

Benedet, Janine. Annotation to *R. v. Mastel* (2011), 84 C.R. (6th) 405.  
 Benedet, Janine. Comment on *R. v. Tannas* (2015), 21 C.R. (7th) 166.  
 Maleszyk, Anna. *Crimes Against Children : Prosecution and Defence*, vol. 1, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated April 2017, release 32).

*Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated March 2017, release 25).

Vandervort, Lucinda. “Too Young to Sell Me Sex?!” *Mens Rea, Mistake of Fact, Reckless Exploitation, and the Underage Sex Worker* (2012), 58 *Crim. L.Q.* 355.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Richards C.J. and Jackson and Whitmore J.J.A.), 2016 SKCA 155, 344 C.C.C. (3d) 543, [2016] S.J. No. 637 (QL), 2016 CarswellSask 754 (WL Can.), setting aside the accused’s acquittals for sexual interference and sexual assault entered by Kovach J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Ross Macnab and Thomas Hynes*, for the appellant.

*Erin Bartsch*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] GASCON J. — At the hearing, the Court allowed the appeal and restored Ms. George’s acquittals, with reasons to follow. These are those reasons.

## I. Overview

[2] Sexual crimes are disproportionately committed against vulnerable populations, including youth. The “reasonable steps” requirement in s. 150.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 — which requires an accused person who is five or more years older than a complainant who is 14 years of age or more but under the age of 16, to take “all reasonable steps to ascertain the age of the complainant” before sexual contact — seeks to protect young people from such crimes. It does so by placing the responsibility for preventing adult/youth sexual activity where it belongs: with adults. Parliament’s allocation of responsibility to adults is crucial for protecting

*Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff, Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated March 2017, release 25).

Vandervort, Lucinda. « “Too Young to Sell Me Sex?!” *Mens Rea, Mistake of Fact, Reckless Exploitation, and the Underage Sex Worker* » (2012), 58 *Crim. L.Q.* 355.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (le juge en chef Richards et les juges Jackson et Whitmore), 2016 SKCA 155, 344 C.C.C. (3d) 543, [2016] S.J. No. 637 (QL), 2016 CarswellSask 754 (WL Can.), qui a annulé les acquittements prononcés en faveur de l’accusée par le juge Kovach relativement à des accusations de contacts sexuels et d’agression sexuelle, et qui a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Ross Macnab et Thomas Hynes*, pour l’appelante.

*Erin Bartsch*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE GASCON — À l’audience, la Cour a accueilli l’appel et rétabli les acquittements prononcés en faveur de M<sup>me</sup> George, avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

## I. Aperçu

[2] Les crimes sexuels sont commis de façon disproportionnée contre des personnes vulnérables, dont les jeunes personnes. L’obligation relative aux « mesures raisonnables » — qui est énoncée au par. 150.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et qui précise que, dans les cas où l’accusé est de cinq ans ou plus l’aîné d’un plaignant âgé d’au moins 14 ans mais de moins de 16 ans, l’accusé doit avoir pris « toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge du plaignant » avant l’activité sexuelle — vise à protéger les jeunes personnes contre de tels crimes. Elle réalise cet objectif en imposant la responsabilité de prévenir les activités sexuelles entre

young people from sexual crimes. However, through s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*, Parliament limits Crown appeals against acquittals in proceedings by indictment to “question[s] of law alone”. As a result, Parliament has accepted that an acquittal at trial on an indictable offence cannot be overturned unless an error of law was made. As the trial judgment below concerned indictable offences and contained no errors of law, Ms. George’s acquittals were sustained and her appeal was allowed.

## II. Context

[3] Ms. George had sex with an adolescent boy, C.D. When the sexual activity took place, Ms. George was 35 years old; C.D. was approximately 14 and a half. The sexual activity was found to be apparently consensual, meaning that both partners willingly participated. In fact, C.D. instigated the sexual encounter, despite Ms. George’s genuine protestations. Still, C.D. was incapable of legally consenting because of the combination of his young age and his age disparity with Ms. George.

[4] The sexual activity happened after Ms. George’s son — who was 17 at the time — hosted a party at their apartment. Ms. George did not foresee sexual activity with C.D. For most of the party, she remained in her bedroom. However, after the party ended, C.D. came to the bedroom. They spoke for several hours about music, custody issues, C.D.’s relationships, and his difficulties meeting mature girlfriends.

[5] Ultimately, C.D. initiated sexual contact. He asked Ms. George if it “would be weird” if he kissed her. Almost simultaneously, C.D. leaned forward to kiss Ms. George. She backed away, but C.D. again

adultes et jeunes personnes à ceux et celles à qui elle incombe : les adultes. Il est crucial que le Parlement assigne cette responsabilité aux adultes afin de protéger les jeunes personnes contre les crimes sexuels. Cependant, aux termes de l’al. 676(1)a du *Code criminel*, le Parlement limite les appels susceptibles d’être formés par le ministère public contre un acquittement prononcé à l’égard de procédures sur acte d’accusation aux appels fondés sur des « question[s] de droit seulement ». Il s’ensuit donc que le Parlement accepte qu’un acquittement prononcé au procès à l’égard d’un acte criminel ne peut pas être annulé, sauf si une erreur de droit a été commise. Comme le jugement de première instance concernait des actes criminels et ne comportait aucune erreur de droit, les acquittements prononcés en faveur de M<sup>me</sup> George ont été maintenus, et l’appel formé par cette dernière a été accueilli.

## II. Contexte

[3] Madame George a eu des rapports sexuels avec un adolescent, C.D. Au moment de l’activité sexuelle, M<sup>me</sup> George était âgée de 35 ans et C.D. avait environ 14 ans et demi. Il a été jugé que l’activité sexuelle était en apparence consensuelle, ce qui signifie que les deux partenaires y avaient volontairement participé. De fait, c’est C.D. qui en a été l’instigateur, malgré les protestations sincères de M<sup>me</sup> George. Toutefois, en raison de l’effet conjugué de son jeune âge et de sa différence d’âge avec M<sup>me</sup> George, C.D. ne pouvait légalement consentir à l’activité sexuelle.

[4] L’activité sexuelle s’est déroulée après une fête organisée par le fils de M<sup>me</sup> George — qui était âgé de 17 ans au moment des faits — dans l’appartement de ces derniers. Madame George n’avait pas prévu l’activité sexuelle avec C.D. Pendant une grande partie de la fête, elle est restée dans sa chambre. Cependant, une fois la fête terminée, C.D. est entré dans la chambre de M<sup>me</sup> George, où ils ont parlé pendant plusieurs heures de musique, de questions liées à la garde d’enfants, des relations de C.D. et de ses difficultés à rencontrer des petites amies matures.

[5] Finalement, C.D. a pris l’initiative de l’activité sexuelle. Il a demandé à M<sup>me</sup> George [TRADUCTION] « s’il serait bizarre » qu’il l’embrasse. Presque simultanément, C.D. s’est penché pour embrasser



moved towards her, and she let him complete a brief kiss. C.D. then “immediately” moved on top of Ms. George, removed the blankets which were covering her body, lowered his pants, and moved her underwear to the side. She asked him what he was doing. She also asked him to stop several times. But he ignored these requests and persisted. In the end, Ms. George “simply let him finish”. She described the sexual encounter as “weird, awkward, and quick”. Despite these facts, there was “no dispute that, although reluctant at first, Ms. George was a willing participant”. Further, before the Court, neither party contested Ms. George’s consent to the sexual activity.

[6] C.D. did not complain to any authorities about his sexual activity with Ms. George; he even proposed that they continue having sex once a week. Rather, the RCMP learned about Ms. George’s sexual activity with C.D. by happenstance. Ms. George applied to join the RCMP, and part of the screening process involved a questionnaire which asked if she had “ever engaged in sexual activity with someone who was under the age of 16”. At the time of the sexual activity, Ms. George had presumed that C.D. was around 17 because, in the several months she had known C.D., he looked that age, shaved, openly smoked cigarettes, easily bought cigarettes, and was a friend of her son (who was himself 17, typically socialized with older peers, and displayed less emotional maturity than C.D.). But the questionnaire prompted her to inquire as to C.D.’s exact age. When she learned that C.D. had actually been 14 and a half at the time of their sexual activity, she “felt panic”. She nevertheless submitted the questionnaire and admitted to the RCMP that she had engaged in sexual activity with a minor. Consequently, she was charged with two *Criminal Code* offences: (1) sexual interference (s. 151); and (2) sexual assault (s. 271).

cette dernière. Elle a reculé, mais C.D. s’est à nouveau approché d’elle, et elle l’a laissé l’embrasser brièvement. C.D. s’est ensuite « immédiatement » placé au-dessus de M<sup>me</sup> George, il a retiré les couvertures qui recouvraient le corps de celle-ci, puis il a baissé son propre pantalon et écarté les sous-vêtements de M<sup>me</sup> George. Elle lui a demandé ce qu’il faisait. Elle lui a également demandé à plusieurs reprises d’arrêter, mais il a ignoré ces demandes et a persisté. En fin de compte, M<sup>me</sup> George « l’a simplement laissé finir ». Elle a décrit en ces termes les rapports sexuels : « bizarres, maladroits et rapides ». Malgré ces faits, il est « incontesté que, bien que réticente au départ, M<sup>me</sup> George a participé volontairement » à ces rapports. De plus, devant notre Cour, ni l’une ou l’autre des parties n’ont remis en question le fait que M<sup>me</sup> George avait consenti à l’activité sexuelle.

[6] C.D. ne s’est pas plaint auprès de quelque autorité que ce soit de son activité sexuelle avec M<sup>me</sup> George; de fait, il a même proposé qu’ils continuent d’avoir des rapports sexuels une fois par semaine. C’est d’ailleurs par hasard que la GRC a appris l’existence de l’activité sexuelle entre C.D. et M<sup>me</sup> George. En effet, cette dernière a posé sa candidature pour un poste au sein de la GRC et, dans le cadre du processus de sélection, elle devait répondre à une question lui demandant si elle [TRADUCTION] « s’était déjà livrée à une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 16 ans ». Au moment de l’activité sexuelle, M<sup>me</sup> George a présumé que C.D. avait environ 17 ans, car elle le connaissait depuis plusieurs mois et il paraissait avoir cet âge, il se rasait, il ne se cachait pas pour fumer, il n’avait aucune difficulté à s’acheter des cigarettes et il était un ami de son fils (qui était âgé de 17 ans, fréquentait habituellement des amis plus vieux que lui et démontrait une maturité moins grande que C.D. sur le plan affectif). Mais ce volet du questionnaire a incité M<sup>me</sup> George à s’enquérir de l’âge exact de C.D. Lorsqu’elle a appris que celui-ci avait en fait 14 ans et demi au moment de leur activité sexuelle, elle a été [TRADUCTION] « prise de panique ». Elle a tout de même soumis le questionnaire et avoué à la GRC s’être livrée à une activité sexuelle avec un mineur. Elle a en conséquence été accusée de deux infractions prévues au *Code criminel* : (1) contacts sexuels (art. 151); et (2) agression sexuelle (art. 271).

[7] For both offences, the *Criminal Code* barred Ms. George from relying on C.D.’s consent as a defence, because C.D. was younger than 16 (s. 150.1(1)) and Ms. George was more than five years his senior (s. 150.1(2.1)). Accordingly, her only available defence — or, more accurately, her only available means of negating her criminal intent (*mens rea*) to have sex with a minor (H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (loose-leaf), at p. 4-24) — was “mistake of age”, i.e. Ms. George believing that C.D. was at least 16. However, the *Criminal Code* limits the availability of the mistake of age defence by requiring that “all reasonable steps” be taken to ascertain the complainant’s age:

#### 150.1 . . .

##### **Mistake of age**

(4) It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was 16 years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant.

[8] At common law, “true crimes” — like those at issue here — would have a purely subjective fault element. However, through statutory intervention, Parliament has imported an objective element into the fault analysis to enhance protections for youth (Stewart, at pp. 4-23 and 4-24). As a result, to convict an accused person who demonstrates an “air of reality” to the mistake of age defence, the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, either that the accused person (1) did not honestly believe the complainant was at least 16 (the subjective element); or (2) did not take “all reasonable steps” to ascertain the complainant’s age (the objective element) (Stewart, at p. 4-24; M. Manning, Q.C., and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal*

[7] Dans le cas de ces deux infractions, le *Code criminel* n’autorisait pas M<sup>me</sup> George à plaider en défense le consentement de C.D., puisque celui-ci était âgé de moins de 16 ans (par. 150.1(1)) et qu’elle-même était de plus de cinq ans son aînée (par. 150.1(2.1)). De ce fait, le seul moyen de défense qu’elle pouvait invoquer — ou, pour être plus précis, le seul moyen dont elle disposait pour réfuter qu’elle avait eu l’intention criminelle (*mens rea*) d’avoir des rapports sexuels avec un mineur (H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), p. 4-24) — était de faire valoir qu’elle avait commis une « erreur sur l’âge », c’est-à-dire qu’elle croyait que C.D. avait au moins 16 ans. Cependant, le *Code criminel* limite l’ouverture de la défense d’erreur sur l’âge en exigeant d’un accusé qu’il ait pris « toutes les mesures raisonnables » pour s’assurer de l’âge du plaignant :

#### 150.1 . . .

##### **Inadmissibilité de l’erreur**

(4) Le fait que l’accusé croyait que le plaignant était âgé de seize ans au moins au moment de la perpétration de l’infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l’accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge du plaignant.

[8] En common law, les [TRADUCTION] « crimes véritables » — du genre de ceux en cause dans la présente affaire — comportent un élément de faute purement subjectif. Toutefois, par voie de dispositions législatives, le Parlement a importé dans l’analyse de la faute un élément objectif afin d’accorder une protection accrue aux jeunes personnes (Stewart, p. 4-23 et 4-24). Par conséquent, pour que soit déclaré coupable un accusé qui démontre que sa défense d’erreur sur l’âge possède une « apparence de vraisemblance », le ministère public doit alors prouver hors de tout doute raisonnable soit que l’accusé (1) ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d’au moins 16 ans (l’élément subjectif), soit que l’accusé (2) n’a pas pris « toutes les mesures

*Law* (5th ed. 2015), at p. 1113 (“*Manning, Mewett & Sankoff*”).

[9] Determining what raises a reasonable doubt in respect of the objective element is a highly contextual, fact-specific exercise (*R. v. Duran*, 2013 ONCA 343, 3 C.R. (7th) 274, at para. 52; *R. v. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42 (B.C.C.A.), at para. 20; *R. v. K. (R.A.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 93 (N.B.C.A.), at p. 96; Stewart, at p. 4-25; A. Maleszyk, *Crimes Against Children: Prosecution and Defence* (loose-leaf), vol. 1, at p. 11-4). In some cases, it may be reasonable to ask a partner’s age. It would be an error, however, to insist that a reasonable person would ask a partner’s age in every case (see e.g. *R. v. Tannas*, 2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166, at para. 27; *R. v. Gashikanyi*, 2015 ABCA 1, 588 A.R. 386, at para. 17). Conversely, it would be an error to assert that a reasonable person would do no more than ask a partner’s age in every case, given the commonly recognized motivation for young people to misrepresent their age (*R. v. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481, at paras. 17, 26, 45 and 51; L. Vandervort, “‘Too Young to Sell Me Sex?!’ *Mens Rea*, Mistake of Fact, Reckless Exploitation, and the Underage Sex Worker” (2012), 58 *Crim. L.Q.* 355, at pp. 360 and 375; J. Benedet, Comment on *R. v. Tannas* (2015), 21 C.R. (7th) 166, at p. 168; Stewart, at p. 4-26.1). Such narrow approaches would contradict the open-ended language of the reasonable steps provision. That said, at least one general rule may be recognized: the more reasonable an accused’s perception of the complainant’s age, the fewer steps reasonably required of them. This follows inevitably from the phrasing of the provision (“all *reasonable* steps”) and reflects the jurisprudence (*R. v. Osborne* (1992), 17 C.R. (4th) 350 (Nfld. C.A.), at para. 64), and academic commentary (*Manning, Mewett & Sankoff*, at p. 1113).

raisonnables » pour s’assurer de l’âge du plaignant (l’élément objectif) (Stewart, p. 4-24; M. Manning, c.r., et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (5<sup>e</sup> éd. 2015), p. 1113 (« *Manning, Mewett & Sankoff* »)).

[9] Déterminer si un doute raisonnable se sou-ève à l’égard de l’élément objectif constitue une analyse éminemment contextuelle et tributaire des faits (*R. c. Duran*, 2013 ONCA 343, 3 C.R. (7th) 274, par. 52; *R. c. P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42 (C.A. C.-B.), par. 20; *R. c. K. (R.A.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 93 (C.A. N.-B.), p. 96; Stewart, p. 4-25; A. Maleszyk, *Crimes Against Children: Prosecution and Defence* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 11-4). Dans certains cas, il est sans doute raisonnable de demander l’âge de son partenaire. Par contre, il serait erroné d’exiger qu’une personne raisonnable s’enquière dans tous les cas de l’âge de son partenaire (voir, p. ex., *R. c. Tannas*, 2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166, par. 27; *R. c. Gashikanyi*, 2015 ABCA 1, 588 A.R. 386, par. 17). À l’inverse, il serait erroné de prétendre qu’une personne raisonnable se contenterait dans tous les cas de simplement demander à son partenaire quel est son âge, vu la motivation — généralement reconnue — qu’ont les jeunes à mentir au sujet de leur âge (*R. c. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481, par. 17, 26, 45 et 51; L. Vandervort, « “Too Young to Sell Me Sex?!” *Mens Rea*, Mistake of Fact, Reckless Exploitation, and the Underage Sex Worker » (2012), 58 *Crim. L.Q.* 355, p. 360 et 375; J. Benedet, Comment on *R. v. Tannas* (2015), 21 C.R. (7th) 166, p. 168; Stewart, p. 4-26.1). De telles interprétations restrictives iraient à l’encontre du libellé non limitatif de la disposition relative aux mesures raisonnables. Cela dit, au moins une règle générale peut être dégagée : plus la perception qu’a l’accusé de l’âge du plaignant est raisonnable, moins le nombre de mesures raisonnablement requises de la part du premier sera élevé. Cette conclusion découle inéluctablement du libellé de la disposition (« toutes les mesures *raisonnables* »), en plus de refléter la jurisprudence (*R. c. Osborne* (1992), 17 C.R. (4th) 350 (C.A. T.-N.), par. 64) et la doctrine (*Manning, Mewett & Sankoff*, p. 1113).

### III. Judicial History

[10] At trial, Kovach J. acquitted Ms. George of both offences. He noted that the reasonable steps inquiry is contextual, and he considered various factors, including C.D.'s physical appearance, behaviour and activities, the age and appearance of C.D.'s social group, and the circumstances in which Ms. George had observed C.D. After a detailed review of these factors, Kovach J. ruled that there remained a reasonable doubt about whether the Crown proved that she had failed to take all reasonable steps to determine C.D.'s age.

[11] The Court of Appeal's judgment included majority and dissenting opinions. They were divided on two points: (1) whether Kovach J. had made any legal errors, a statutory requirement for Crown appeals from acquittals for indictable offences (*Criminal Code*, s. 676(1)(a); *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at para. 24); and (2) whether those errors were sufficiently material to the verdict, a jurisprudential requirement for such appeals (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14).

[12] Richards C.J.S., writing for the majority, allowed the appeal, quashed the acquittals and ordered a new trial (2016 SKCA 155, 344 C.C.C. (3d) 543, at paras. 50-51). He held that Kovach J. had erred in law in two ways: (1) by considering evidence from during or after the sexual encounter in assessing the reasonableness of the steps taken by Ms. George before the encounter; and (2) by relying on questionable factual inferences regarding whether C.D. may have looked mature for his age at the time of the sexual activity (paras. 41-46). He also ruled that those legal errors were "central" to Kovach J.'s analysis,

### III. Décisions des juridictions inférieures

[10] Au procès, le juge Kovach a acquitté M<sup>me</sup> George des deux infractions. Il a souligné le caractère contextuel de l'analyse concernant les mesures raisonnables, puis examiné divers facteurs tels l'apparence physique, le comportement et les activités de C.D., l'âge et l'apparence des membres du groupe social de C.D., ainsi que les situations dans lesquelles M<sup>me</sup> George avait observé celui-ci. Au terme d'un examen détaillé de ces facteurs, le juge Kovach a conclu qu'un doute raisonnable persistait relativement à la question de savoir si le ministère public avait prouvé que M<sup>me</sup> George avait omis de prendre toutes les mesures raisonnables pour déterminer l'âge de C.D.

[11] L'arrêt de la Cour d'appel était constitué d'une opinion majoritaire et d'une opinion minoritaire. Ces opinions divergeaient sur deux aspects : (1) la question de savoir si le juge Kovach avait commis des erreurs de droit, une condition fixée par la loi pour que le ministère public puisse appeler d'un acquittement prononcé à l'égard d'un acte criminel (*Code criminel*, al. 676(1)a); *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, par. 24); et (2) la question de savoir si ces erreurs avaient eu une incidence suffisamment importante sur le verdict, une exigence d'origine jurisprudentielle applicable à l'égard de tels appels (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14).

[12] S'exprimant au nom de la majorité, le juge en chef Richards a accueilli l'appel, annulé les acquittements et ordonné un nouveau procès (2016 SKCA 155, 344 C.C.C. (3d) 543, par. 50-51). Il a conclu que le juge Kovach avait commis deux erreurs de droit : (1) d'une part en considérant des éléments de preuve concomitants ou postérieurs à l'activité sexuelle dans son appréciation du caractère raisonnable des mesures prises par M<sup>me</sup> George avant l'activité; (2) d'autre part en s'appuyant sur des inférences factuelles douteuses concernant la possibilité que C.D. ait présenté une apparence mature pour son

thus demonstrating their materiality to the verdict and justifying appellate intervention (paras. 48-49).

[13] In contrast, Jackson J.A., dissenting, would have dismissed the appeal and upheld the acquittals (para. 100). In her view, Kovach J. had made no legal errors (para. 89). Specifically, the errors which Richards C.J.S. alleged to be legal related instead to disagreement over factual inferences drawn by the trial judge (paras. 77-80, 85-88 and 92). In the alternative, Jackson J.A. held that the errors which Richard C.J.S. identified, if legal, were insufficiently material to justify appellate intervention because she was not satisfied that the verdict would not “necessarily” have been the same without those errors (paras. 73, 94 and 99). At multiple points in her reasons, Jackson J.A. also felt it necessary to remark that this case lacked the hallmarks of sex crimes involving children, such as grooming and deliberate exploitation of vulnerability (paras. 65-67, 96(d) to (f) and 97).

#### IV. Issues

[14] This case raises two issues: (1) whether the trial judge made any legal errors in his reasonable steps analysis; and (2) if he did, whether those errors were sufficiently material to justify appellate intervention.

#### V. Analysis

[15] A careful review of the trial judge’s reasons reveals no legal errors. As a result, the Court of Appeal lacked jurisdiction to interfere with the trial judgment.

âge au moment de l’activité sexuelle (par. 41-46). Il a également conclu que ces erreurs de droit portaient sur des facteurs [TRADUCTION] « fondamentaux » de l’analyse du juge Kovach, ce qui démontrait leur importance sur le verdict et justifiait l’intervention de la Cour d’appel (par. 48-49).

[13] À l’inverse, la juge d’appel Jackson a exprimé sa dissidence et elle aurait pour sa part rejeté l’appel et confirmé les acquittements (par. 100). À son avis, le juge Kovach n’avait commis aucune erreur de droit (par. 89). Plus précisément, les erreurs que le juge en chef Richards considéraient comme des erreurs de droit constituaient plutôt selon elle un désaccord sur des inférences factuelles tirées par le juge du procès (par. 77-80, 85-88 et 92). Subsidièrement, la juge Jackson a conclu que les erreurs constatées par le juge en chef Richards, si tant est qu’elles constituaient des erreurs de droit, n’étaient toutefois pas suffisamment importantes pour justifier l’intervention de la Cour d’appel, car elle n’était pas convaincue que le verdict n’aurait pas « nécessairement » été le même en l’absence de ces erreurs (par. 73, 94 et 99). À de nombreuses reprises dans ses motifs, la juge Jackson a également estimé nécessaire de souligner que cette affaire ne présentait pas les caractéristiques des crimes sexuels visant des enfants, par exemple la manipulation psychologique de ceux-ci et l’exploitation délibérée de leur vulnérabilité (par. 65-67, 96(d) à (f) et 97).

#### IV. Questions en litige

[14] Le présent pourvoi soulève deux questions : (1) Le juge du procès a-t-il commis des erreurs de droit lors de son analyse des mesures raisonnables? (2) Dans l’affirmative, ces erreurs étaient-elles suffisamment importantes pour justifier l’intervention de la Cour d’appel?

#### V. Analyse

[15] Il ressort d’un examen attentif des motifs du juge du procès que celui-ci n’a commis aucune erreur de droit. En conséquence, la Cour d’appel n’avait pas compétence pour intervenir à l’égard du jugement de ce dernier.

[16] I note, at the outset, that the trial judge correctly articulated the governing legal principles and cited multiple leading authorities. Of course, simply stating the correct legal test does not exhaust our inquiry and cannot insulate a trial judge from legal errors. But it helpfully orients our remaining analysis to whether the trial judge’s application of those principles reveals any legal errors.

[17] Whether an error is “legal” generally turns on its character, not its severity (*J.M.H.*, at paras. 24-39). In this case, the majority confused these two concepts; it translated its strong opposition to the trial judge’s factual inferences (severity) into supposed legal errors (character). Here, that was an improper approach, and it disregarded the restraint required by Parliament’s choice to limit Crown appeals from acquittals in proceedings by indictment to “question[s] of law alone” (*Criminal Code*, s. 676(1)(a)).

[18] First of all, it goes without saying that an accused person cannot rely on the impugned sexual activity itself as a reasonable step in ascertaining the complainant’s age before the sexual activity. With this in mind, the majority claimed that the trial judge had improperly relied on “C.D.’s level of sexual experience as revealed by the sexual encounter itself” in determining whether Ms. George had taken all reasonable steps before the sexual activity (para. 47). However, this misconstrues the trial judge’s reasons when they are read as a whole and in context, as required (*R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193, at pp. 203-4). The trial judge explained:

The most compelling activity engaged in by [C.D.] suggestive of a level of maturity beyond his years, was the sexual encounter itself. Not the mere fact of sexual

[16] D’entrée de jeu, je constate que le juge du procès a énoncé avec justesse les principes de droit applicables et s’est référé à plusieurs arrêts faisant autorité à cet égard. Évidemment, le simple fait que le juge du procès ait exposé la bonne analyse juridique ne met pas fin à notre examen et ne met pas celui-ci à l’abri d’erreurs de droit. Mais ce fait oriente utilement le reste de notre examen visant à déterminer si l’application des principes en question par le juge du procès a donné lieu à des erreurs de droit.

[17] En général, la question de savoir si une erreur constitue une erreur « de droit » dépend de son caractère, et non de sa gravité (*J.M.H.*, par. 24-39). Dans la présente affaire, la majorité de la Cour d’appel a confondu ces deux concepts, assimilant sa forte opposition aux inférences factuelles du juge du procès (gravité) à de prétendues erreurs de droit (caractère). En l’espèce, il s’agissait d’une approche inappropriée, qui faisait abstraction de la retenue requise de la part des cours d’appel par la décision du Parlement de limiter aux « question[s] de droit seulement » les appels susceptibles d’être formés par le ministère public contre les acquittements prononcés à l’égard de procédures sur acte d’accusation (*Code criminel*, al. 676(1)a)).

[18] Tout d’abord, il va sans dire qu’un accusé ne saurait invoquer l’activité sexuelle reprochée elle-même comme une mesure raisonnable ayant permis de s’assurer de l’âge du plaignant avant l’activité en question. Sur cette base, les juges majoritaires ont conclu que le juge du procès s’était à tort appuyé sur [TRADUCTION] « le niveau d’expérience sexuelle de C.D. que révélait la relation sexuelle elle-même » pour décider si M<sup>me</sup> George avait pris toutes les mesures raisonnables avant l’activité sexuelle (par. 47). Toutefois, cette conclusion constitue une interprétation erronée des motifs du juge du procès lorsque, comme il se doit, on les considère globalement et contextuellement (*R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193, p. 203-204). Le juge du procès a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] L’activité la plus évocatrice d’un niveau de maturité supérieur à celui d’une personne de son âge c’est l’activité sexuelle elle-même à laquelle s’est livré

intercourse with a significantly older female partner, but, rather, the obvious level of comfort with which he approached the encounter . . . [Emphasis added.]

(Trial Transcript, A.R., at p. 11)

[19] Considered in conjunction with the trial judge’s unambiguous recognition that all reasonable steps must precede sexual contact, C.D.’s “obvious level of comfort” with how he “approached” the encounter must refer to how C.D. came to Ms. George’s bedroom uninvited and spoke with her for several hours about various topics, many reflecting maturity, and others suggestive in nature. All of this information was known to Ms. George before the sexual contact. According to the trial judge, this was one of many factors reasonably informing her perception of C.D.’s age before sexual contact. No legal error arises from this.

[20] Admittedly, the trial judge considered other evidence that did not precede the sexual encounter. The majority considered this to be a further legal error. But it is not. As noted, Ms. George’s reasonable steps must precede her sexual activity with C.D.; the trial judge expressly recognized this. But it does not follow that the evidence she tenders must also precede her sexual activity with C.D. Such an interpretation conflates the fact to be proven with the evidence that may be used to prove it.

[21] When determining the relevance of evidence in this context, both its purpose and its timing must be considered. Evidence demonstrating steps taken after the sexual activity to ascertain a complainant’s age — for example, the accused person checking the complainant’s photographic identification immediately after the sexual activity — is irrelevant to the reasonable steps inquiry. As a result, considering such evidence would amount to a legal error, as it reveals

[C.D.]. Ce n’est pas le simple fait qu’il ait eu des rapports sexuels avec une femme beaucoup plus âgée, mais plutôt l’aisance évidente avec laquelle il a abordé ces rapports . . . [Je souligne.]

(Transcription du procès, d.a., p. 11)

[19] Considérée conjointement avec la reconnaissance non ambiguë par le juge du procès du fait que toutes les mesures raisonnables doivent être prises préalablement à l’activité sexuelle, l’[TRADUCTION] « aisance évidente » avec laquelle C.D. a « abordé » l’activité en question doit s’entendre du fait que C.D. est entré dans la chambre à coucher de M<sup>me</sup> George sans y être invité et qu’il a parlé avec elle pendant plusieurs heures de sujets variés, dont bon nombre révélaient de la maturité, alors que d’autres avaient un caractère suggestif. Toute cette information était connue de M<sup>me</sup> George avant que ne se déroule l’activité sexuelle. Selon le juge du procès, il s’agissait là d’un des nombreux facteurs ayant raisonnablement contribué, avant l’activité sexuelle, à la perception de M<sup>me</sup> George quant à l’âge de C.D. Cette conclusion ne révèle aucune erreur de droit.

[20] Il est vrai que le juge du procès a considéré d’autres éléments de preuve qui n’étaient pas antérieurs à l’activité sexuelle. Les juges majoritaires ont estimé que cela constituait une autre erreur de droit. Mais ce n’est pas le cas. Comme il a été précisé plus tôt, les mesures raisonnables prises par M<sup>me</sup> George doivent l’avoir été avant son activité sexuelle avec C.D., ce qu’a expressément reconnu le juge du procès. Il ne s’ensuit pas pour autant que la preuve présentée par M<sup>me</sup> George devait elle aussi porter sur des aspects antérieurs à son activité sexuelle avec C.D. Une telle interprétation confond le fait qui doit être prouvé avec la preuve qui peut être utilisée à cette fin.

[21] Le tribunal appelé à statuer sur la pertinence d’éléments de preuve dans un tel contexte doit tenir compte à la fois de l’objectif de ces éléments et de leur chronologie. Des éléments de preuve démontrant la prise de mesures par l’accusé après l’activité sexuelle pour s’assurer de l’âge du plaignant — par exemple la vérification par l’accusé, immédiatement après l’activité sexuelle, d’une carte d’identité du plaignant munie d’une photo — n’est pas pertinente

a “misapprehension of . . . legal principle” (*J.M.H.*, at para. 29). However, evidence properly informing the credibility or reliability of any witness, even if that evidence arose after the sexual activity in question, may be considered by the trial judge. Similarly, evidence demonstrating the reasonableness of the accused person’s perception of the complainant’s age before sexual contact is relevant to adjudicating the reasonableness of the steps taken by the accused person (*Duran*, at paras. 51-54), even if that evidence happens to arise after the sexual activity or was not known to the accused before the sexual activity (see e.g. *Osborne*, at para. 22(4) and (5)).

[22] For example, consider a photograph of an underage complainant taken a week after impugned sexual activity, in which the complainant looks as old as 21. The adult charged with assaulting the complainant could not have relied on viewing the photograph itself as one of their reasonable steps, because it was taken after the sexual activity occurred. But that is not the purpose for which the photograph would be tendered as evidence. Rather, the photograph would be tendered as evidence for the purpose of proving the complainant’s physical appearance around the time of the sexual activity, which could, depending on the circumstances, be relevant to the reasonableness of the accused person’s perception of the complainant’s age.

[23] The evidence arising after the sexual activity considered by the trial judge in this case, to which the majority objected (at para. 34), did not detract from and was consistent with Ms. George’s testimony as to how C.D. appeared to her and acted in her presence during the several months they knew each other before the sexual encounter. To that extent, it was admissible for the purpose of assessing her credibility at large, which included her testimony as to how the complainant appeared to her in the months preceding the sexual activity.

pour l’examen des mesures raisonnables. La prise en considération de tels éléments de preuve constituerait donc une erreur de droit, puisqu’elle révélerait une « mauvaise compréhension d’un principe juridique » (*J.M.H.*, par. 29). Cependant, le juge du procès peut prendre en compte un élément de preuve qui étaye adéquatement la crédibilité ou la fiabilité de tout témoin, même si cet élément est postérieur à l’activité sexuelle en question. De même, un élément de preuve établissant le caractère raisonnable de la perception de l’accusé quant à l’âge du plaignant avant l’activité sexuelle est pertinent pour statuer sur le caractère raisonnable des mesures prises par l’accusé (*Duran*, par. 51-54), et ce, même si cet élément de preuve est postérieur à l’activité sexuelle, ou n’était pas connu de l’accusé avant l’activité sexuelle (voir, p. ex., *Osborne*, par. 22(4) et (5)).

[22] Par exemple, pensons à une photo d’un plaignant mineur, qui aurait été prise une semaine après l’activité sexuelle en cause et sur laquelle le plaignant semble être âgé de 21 ans. L’adulte accusé d’agression sexuelle à l’endroit de ce plaignant n’aurait pas pu utiliser cette photo comme mesure raisonnable, étant donné qu’elle a été prise après que soit survenue l’activité sexuelle. Mais ce n’est pas l’objectif pour lequel la photo serait soumise en preuve. Elle serait plutôt présentée afin de prouver l’apparence physique du plaignant durant la période où a eu lieu l’activité sexuelle, et elle pourrait, selon les circonstances, se révéler pertinente pour juger du caractère raisonnable de la perception de l’accusé concernant l’âge du plaignant.

[23] Les éléments de preuve postérieurs à l’activité sexuelle qui ont été pris en compte par le juge du procès en l’espèce, et à l’égard desquels les juges majoritaires ont exprimé leur désaccord (par. 34), ne discréditaient pas le témoignage de M<sup>me</sup> George concernant l’apparence de C.D. à ses yeux ou le comportement de celui-ci en sa présence au cours des quelques mois où ils se sont côtoyés avant l’activité sexuelle, et ils étaient compatibles avec ce témoignage. Dans cette mesure, ces éléments étaient admissibles pour évaluer la crédibilité de M<sup>me</sup> George en général, y compris son témoignage au sujet de sa perception du plaignant au cours des mois ayant précédé l’activité sexuelle.



[24] While one may disagree with the weight the trial judge gave this evidence, no legal error arises from mere disagreements over factual inferences or the weight of evidence (*J.M.H.*, at para. 28). Indeed, many of the majority's comments reveal that its discomfort with this evidence was not because it was irrelevant (which would have illustrated a misconception of principle, a legal issue: *ibid.*, at para. 29), but because its relevance was marginal (a factual issue). The trier of fact is best situated to assign weight to evidence. In any event, if the Crown objects to inferences about a complainant's physical appearance at a younger age, it is permitted to tender direct evidence of that physical appearance (for example, a photograph). The majority's view that the trial judge could not draw such an inference because Ms. George had failed to tender evidence proving that C.D.'s appearance "had not changed" between ages 14 and 17 (para. 46) suggests that the trier of fact is prohibited from drawing factual inferences. To the contrary, factual inferences are a necessary means through which triers of fact consider all of the evidence (direct and indirect) before them.

[25] Given the above, the Court of Appeal lacked jurisdiction to review the trial judge's decision. On that basis, the Court allowed the appeal. That said, two final points arising from the dissent merit brief consideration.

[26] First, the dissenting judge felt it necessary to comment on how this case lacks the hallmarks of sex crimes against children, including grooming and exploitation of vulnerability (paras. 65-67, 96(d) to (f) and 97). But no such hallmarks are required for the offences at issue. It is a criminal offence to sexually touch a child who is 14 years of age or more but younger than 16 when you are five or more years their senior, even if you honestly believe they are older than 16, unless you have taken "all reasonable

[24] Bien que l'on puisse être en désaccord avec le poids que le juge du procès a accordé à ces éléments de preuve, aucune erreur de droit ne découle de simples divergences d'opinions sur des inférences factuelles ou sur le poids de la preuve (*J.M.H.*, par. 28). D'ailleurs, bon nombre de commentaires des juges majoritaires indiquent que leur inconfort par rapport à ces éléments ne reposait pas sur l'absence de pertinence de ceux-ci (situation qui aurait révélé l'existence d'une interprétation erronée d'un principe, une question de droit : *ibid.*, par. 29), mais plutôt sur leur faible pertinence (une question de fait). Le juge du procès est le mieux placé pour déterminer le poids qui doit être accordé à la preuve. Quoi qu'il en soit, si le ministère public conteste les inférences tirées au sujet de l'apparence physique d'un plaignant lorsqu'il était plus jeune, il lui est permis de présenter des preuves directes de cette apparence physique (une photo par exemple). L'opinion des juges majoritaires selon laquelle le juge du procès ne pouvait tirer une telle inférence, étant donné que M<sup>me</sup> George n'avait pas soumis de preuve établissant que l'apparence de C.D. [TRADUCTION] « n'avait pas changé » de 14 à 17 ans (par. 46), laisse entendre que le juge des faits ne peut tirer d'inférences factuelles. Au contraire, de telles inférences constituent la démarche essentielle par laquelle le juge des faits considère l'ensemble des éléments de preuve (directe et indirecte) qui lui sont soumis.

[25] Compte tenu de ce qui précède, la Cour d'appel n'avait pas compétence pour contrôler la décision du juge du procès. Pour cette raison, notre Cour a accueilli le pourvoi. Cela dit, deux derniers points soulevés dans la dissidence de la Cour d'appel méritent un bref examen.

[26] Premièrement, la juge dissidente a considéré nécessaire de mentionner que la présente affaire ne présentait pas les caractéristiques habituelles des crimes sexuels contre les enfants, notamment la manipulation psychologique de ceux-ci et l'exploitation de leur vulnérabilité (par. 65-67, 96(d) à (f) et 97). Mais aucune de ces caractéristiques n'est requise pour les infractions en cause. Comment un acte criminel la personne qui touche à des fins d'ordre sexuel un enfant âgé d'au moins 14 ans mais de

steps” to ascertain their age; nothing more is required (Benedet, at p. 167). Indeed, to suggest that exploitation is a requirement for the offence belies (1) the scheme of the *Criminal Code*, which already prohibits sexual exploitation (s. 153) and sexual activity where “consent” is procured through abuse of trust, power or authority (s. 273.1(2)(c)); and (2) Parliament’s recognition that adult/youth sexual relationships are inherently exploitative. To the extent that the dissent was suggesting that such ancillary considerations are necessary in proving all sex crimes against children, I reject that proposition. To be clear, overt indicia of exploitation may diminish the credibility of an accused person’s purported mistaken belief in the complainant’s age, or the reasonableness of the steps taken by that accused person (see e.g. *Dragos*, at para. 52; *R. v. Mastel*, 2011 SKCA 16, 84 C.R. (6th) 405, at para. 18; J. Benedet, Annotation to *R. v. Mastel* (2015), 84 C.R. (6th) 405, at p. 406), but they are not required for the offence itself to be made out.

[27] Second, the dissent stated that, to overturn an acquittal, an appellate court must be satisfied that the verdict would “not necessarily have been the same” without the trial judge’s legal errors (paras. 74 and 99, see also paras. 73 and 94). If the dissent was implying that an appellate court can overturn an acquittal where it is merely possible that the verdict would have changed, that is too low a threshold. This Court has used various phrasings to articulate the threshold of materiality required to justify appellate intervention in a Crown appeal from an acquittal. An “abstract or purely hypothetical possibility” of materiality is below the threshold (*Graveline*, at para. 14). An error that “would necessarily” have been material is above the threshold (*ibid.*, at paras. 14-15; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374). And an error about which there is a “reasonable degree of certainty” of

moins de 16 ans, si cette personne est de plus de cinq ans l’aînée de cet enfant, et ce, même si elle croit sincèrement que l’enfant est âgé de plus de 16 ans, sauf si elle a pris « toutes les mesures raisonnables » pour s’assurer de son âge; rien de plus n’est requis (Benedet, p. 167). D’ailleurs, le fait de suggérer que l’exploitation est un élément essentiel de l’infraction va à l’encontre (1) de l’économie du *Code criminel*, lequel interdit déjà l’exploitation sexuelle (art. 153) et les activités sexuelles où l’accusé a obtenu le « consentement » par abus de confiance ou de pouvoir (al. 273.1(2)c); et (2) de la reconnaissance par le Parlement que les relations sexuelles entre un adulte et un adolescent constituent intrinsèquement un acte d’exploitation. Dans la mesure où la juge dissidente a conclu que de telles considérations incidentes sont nécessaires pour faire la preuve de tout crime sexuel contre un enfant, je rejette cette proposition. Il va de soi que des indices manifestes d’exploitation peuvent miner la crédibilité de la prétendue croyance erronée d’un accusé quant à l’âge du plaignant, ou encore le caractère raisonnable des mesures prises par cet accusé (voir, p. ex., *Dragos*, par. 52; *R. c. Mastel*, 2011 SKCA 16, 84 C.R. (6th) 405, par. 18; J. Benedet, Annotation to *R. v. Mastel* (2015), 84 C.R. (6th) 405, p. 406), mais ils ne sont pas nécessaires pour que l’infraction soit établie.

[27] Deuxièmement, la juge dissidente a déclaré que, pour être justifiée d’annuler un acquittement, une cour d’appel doit être convaincue que le verdict [TRADUCTION] « n’aurait pas nécessairement été le même » n’eût été les erreurs de droit commises par le juge du procès (par. 74 et 99, voir également les par. 73 et 94). Si par là la juge dissidente sous-entendait qu’une cour d’appel peut annuler un acquittement en présence d’une simple possibilité qu’un verdict différent aurait pu être prononcé, un tel seuil serait trop peu élevé. Notre Cour a formulé de différentes façons le degré d’importance que doit présenter une erreur pour qu’une cour d’appel soit justifiée d’intervenir dans un recours intenté par le ministère public contre un acquittement. Une « possibilité abstraite ou purement hypothétique » ne suffit pas (*Graveline*, par. 14). Une erreur qui « aurait

its materiality is at the required threshold (*Graveline*, at paras. 14-15; *Morin*, at p. 374).

[28] That threshold is not met here. The allegations of errors on the trial judge's part that have arguable merit relate to two pieces of corroborative evidence. Further, that evidence was surrounded by alternate evidence — including C.D.'s physical appearance, behaviour and activities, the age and appearance of C.D.'s social group, and the circumstances in which Ms. George had observed C.D. — all of which supported the trial judge's view that reasonable doubt remained in respect of whether the Crown had proven that Ms. George failed to meet the reasonable steps requirement. In my view, there was no reasonable degree of certainty that the trial judge's controversial inferences were material to his verdict. It follows that, even if these inferences had amounted to legal errors, they would not have justified appellate intervention in any event.

## VI. Conclusion

[29] As explained in these reasons, the trial judge's factual inferences did not amount to legal errors conferring appellate jurisdiction in this case. This is why, at the hearing, the Court allowed the appeal, and restored Ms. George's acquittals.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Gerrand Rath Johnson, Regina.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

nécessairement » eu une incidence substantielle sur le verdict dépasse ce seuil (*ibid.*, par. 14-15; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 374). Et une erreur dont l'importance présente un « degré raisonnable de certitude » correspond au seuil requis (*Graveline*, par. 14-15; *Morin*, p. 374).

[28] Ce seuil n'est pas atteint en l'espèce. Les erreurs par ailleurs soutenables qui sont reprochées au juge du procès se rapportent à deux éléments de preuve corroborants. De plus, ces éléments de preuve étaient accompagnés d'autres éléments de preuve — notamment l'apparence physique, le comportement et les activités de C.D., l'âge et l'apparence des membres du groupe social de C.D., et les situations dans lesquelles M<sup>me</sup> George avait observé celui-ci — qui étayaient tous l'opinion du juge du procès selon laquelle il subsistait un doute quant à la question de savoir si le ministère public avait fait la preuve que M<sup>me</sup> George ne s'était pas conformée à l'obligation qui lui incombait d'avoir pris des mesures raisonnables. À mon avis, il n'était pas possible de conclure avec un degré raisonnable de certitude que les inférences controversées du juge du procès avaient un caractère substantiel dans son verdict. Il s'ensuit donc que, même si ces inférences avaient constitué des erreurs de droit, elles ne justifiaient pas l'intervention de la Cour d'appel.

## VI. Conclusion

[29] Comme il a été expliqué dans les présents motifs, les inférences factuelles du juge du procès n'ont pas entraîné d'erreurs de droit conférant compétence à une juridiction d'appel en l'espèce. C'est pourquoi, à l'audience, la Cour a accueilli l'appel et rétabli les acquittements prononcés en faveur de M<sup>me</sup> George.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante : Gerrand Rath Johnson, Regina.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

**Andrus Wilson** *Appellant*

v.

**Ramzi Mahmoud Alharayeri** *Respondent*

**INDEXED AS: WILSON v. ALHARAYERI**

**2017 SCC 39**

File No.: 36689.

2016: November 29; 2017: July 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Commercial law — Corporations — Oppression — Remedy — Criteria governing imposition of personal liability on corporate directors — Corporation's board refusing conversion of preferred shares held by former director before issuing private placement of convertible secured notes, thereby diluting former director's portfolio — Discussions resulting in refusal being led at board level by director who subsequently had his preferred shares converted so as to benefit from private placement by increasing his control over corporation — Whether trial judge appropriately exercised statutory remedial powers by holding corporate directors personally liable for oppression — Whether pleadings sufficient to ground imposition of personal liability — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 241(3).*

From 2005 to 2007, A was the President, the Chief Executive Officer, a significant minority shareholder and a director of Wi2Wi Corporation (“Wi2Wi”). In March 2007, in negotiating the merger of Wi2Wi with another corporation, A also agreed to sell it some of his common shares and signed a share purchase agreement to that effect without notifying Wi2Wi’s Board. When the Board found out about the existence of the agreement, A was censured for concealing the deal and failing to disclose the potential conflict of interest. Consequently, A resigned from his functions. W, a member of Wi2Wi’s Board and audit

**Andrus Wilson** *Appellant*

c.

**Ramzi Mahmoud Alharayeri** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : WILSON c. ALHARAYERI**

**2017 CSC 39**

N° du greffe : 36689.

2016 : 29 novembre; 2017 : 13 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Droit commercial — Sociétés par actions — Abus — Réparation — Critères régissant l'imposition d'une responsabilité personnelle à des administrateurs d'une société — Refus du conseil d'administration de la société de permettre la conversion des actions privilégiées détenues par un ancien administrateur avant de procéder à un placement privé de billets garantis convertibles, diluant ainsi le portefeuille de l'ancien administrateur — Discussions au conseil d'administration ayant donné lieu au refus dirigées par un administrateur dont les actions privilégiées ont par la suite été converties de sorte qu'il puisse retirer un bénéfice personnel du placement privé en augmentant son contrôle sur la société — Le juge du procès a-t-il correctement exercé les pouvoirs de réparation prévus dans la loi en concluant que les administrateurs de la société étaient personnellement responsables de l'abus? — Les actes de procédure étaient-ils suffisants pour justifier l'imposition d'une responsabilité personnelle? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 241(3).*

De 2005 à 2007, A était président, chef de la direction, actionnaire minoritaire important et administrateur de Wi2Wi Corporation (« Wi2Wi »). En mars 2007, tout en négociant la fusion de Wi2Wi avec une autre entreprise, A a également convenu de vendre à cette dernière certaines de ses actions ordinaires et a signé une convention d’achat d’actions à cet égard sans en aviser le conseil d’administration de Wi2Wi. Lorsqu’il a eu vent de l’existence de cette convention, le conseil d’administration de la société a reproché à A d’avoir caché l’entente et omis de divulguer le conflit d’intérêts potentiel.

committee, became its President and CEO. Neither the merger nor the share purchase occurred.

In September 2007, in response to Wi2Wi's continuing financial difficulties, the Board decided to issue a private placement of convertible secured notes ("Private Placement") to its existing common shareholders. Prior to the Private Placement, the Board accelerated the conversion of Class C Convertible Preferred Shares, beneficially held by an investment company for W, into common shares. It did so despite doubts as to whether or not the financial test for C Share conversion had been met. However, A's Class A and B Convertible Preferred Shares were never converted into common shares, notwithstanding that they met the relevant conversion tests. In Board meetings, W and another director, B, advocated against converting A's A and B Shares on the basis of A's conduct and involvement in the parallel share purchase negotiation when he was President. Consequently, A did not participate in the Private Placement and the value of his A and B Shares and the proportion of his common shares in Wi2Wi were substantially reduced. A then filed an application under s. 241 of the *Canada Business Corporations Act* for oppression against four of Wi2Wi's directors, including W.

The trial judge granted the application in part. He held W and B solidarily liable for the oppression and ordered them to pay A compensation. The Court of Appeal dismissed W and B's appeal. It held that the imposition of personal liability was justified and that the pleadings did not preclude it. W now appeals to the Court, challenging the trial judge's conclusion that it was fit to hold him personally liable for the oppressive conduct.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Section 241(3) of the *Canada Business Corporations Act* gives a trial court broad discretion to "make any interim or final order it thinks fit", before enumerating specific examples of permissible orders. Some of the examples show that the oppression remedy contemplates liability not only for the corporation, but also for other parties. However, the Act's wording goes no further to specify when it is fit to hold directors personally liable under this section. As stated in the leading decision, *Budd v. Gentra*

En conséquence, A a démissionné de ses fonctions. W, qui était membre du conseil d'administration et du comité de vérification de Wi2Wi, est devenu président et chef de la direction de la société. Ni la fusion ni l'achat d'actions n'ont eu lieu.

En septembre 2007, en raison des difficultés financières persistantes de Wi2Wi, son conseil d'administration a décidé d'offrir à ses détenteurs d'actions ordinaires des billets garantis convertibles dans le cadre d'un placement privé (« Placement privé »). Avant le Placement privé, le conseil d'administration a accéléré la conversion en actions ordinaires des actions privilégiées de catégorie C convertibles dont une société d'investissement était détentrice au bénéfice de W, et ce, malgré les doutes quant au respect du test financier relatif à la conversion de ces actions de catégories C. Cependant, les actions privilégiées de catégorie A et B convertibles n'ont quant à elles jamais été converties en actions ordinaires, même si les tests relatifs à la conversion étaient respectés. Lors des réunions du conseil d'administration, W et un autre administrateur, B, ont exprimé des doutes sur l'opportunité de permettre la conversion des actions A et B de A, étant donné sa conduite et les négociations parallèles d'achat d'actions qu'il avait menées alors qu'il était président. En conséquence, A n'a pas participé au Placement privé et la valeur de ses actions A et B et la proportion des actions ordinaires qu'il possédait dans Wi2Wi ont considérablement diminué. A a ensuite déposé une demande de redressement pour abus en vertu de l'art. 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, et ce, contre quatre des administrateurs de la société, dont W.

Le juge du procès a accueilli la demande en partie. Il a conclu que W et B étaient solidairement responsables de l'abus et les a condamnés à payer à A une indemnité. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par W et B. Elle a conclu que l'imposition d'une responsabilité personnelle était justifiée et que les actes de procédure ne l'empêchaient pas. W se pourvoit maintenant devant la Cour et conteste la conclusion du juge du procès qu'il était pertinent de le tenir personnellement responsable de l'abus.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 241(3) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* confère au juge du procès un large pouvoir discrétionnaire pour « rendre les ordonnances provisoires ou définitives qu'il estime pertinentes », puis énumère des exemples précis d'ordonnances possibles. Certains des exemples montrent que le redressement pour abus vise non seulement la responsabilité de la société en cause, mais aussi celle d'autres parties. Cependant, le libellé de la Loi ne précise pas dans quelles

*Inc.* (1998), 43 B.L.R. (2d) 27 (Ont. C.A.), determining the personal liability of director requires a two-pronged approach. First, the oppressive conduct must be properly attributable to the director because of his or her implication in the oppression. Second, the imposition of personal liability must be fit in all the circumstances.

At least four general principles should guide courts in fashioning a fit remedy under s. 241(3). First, the oppression remedy request must in itself be a fair way of dealing with the situation. It may be fair to hold a director personally liable where he or she has derived a personal benefit in the form of either an immediate financial advantage or increased control of the corporation, breached a personal duty or misused corporate power, or where a remedy against the corporation would unduly prejudice other security holders. These factors merely represent indicia of fairness. The presence of a personal benefit and bad faith remain hallmarks of conduct attracting personal liability, but like the other indicia, they do not constitute necessary conditions. The fairness principle is ultimately unamenable to formulaic exposition and must be assessed in light of all the circumstances of a particular case. Second, any order should go no further than necessary to rectify the oppression. Third, any order may serve only to vindicate the reasonable expectations of security holders, creditors, directors or officers in their capacity as corporate stakeholders. And fourth, a court should consider the general corporate law context in exercising its remedial discretion. Director liability cannot be a surrogate for other forms of statutory or common law relief, particularly where it may be more fitting in the circumstances.

In this case, the trial judge appropriately exercised the remedial powers provided in s. 241(3) of the *Canada Business Corporations Act* by holding W personally liable for the oppression. W and B, the only members of the audit committee, played the lead roles in Board discussions resulting in the non-conversion of A's A and B Shares, and

circumstances il est justifié que les administrateurs soient tenus personnellement responsables en application de cette disposition. Comme il est indiqué dans l'arrêt de principe, *Budd c. Gentra Inc.* (1998), 43 B.L.R. (2d) 27 (C.A. Ont.), il faut appliquer un test à deux volets pour déterminer s'il y a responsabilité personnelle d'un administrateur. D'abord, la conduite abusive doit être véritablement attribuable à l'administrateur en raison de son implication dans l'abus. Ensuite, l'imposition d'une responsabilité personnelle doit être pertinente compte tenu de toutes les circonstances.

Au moins quatre principes généraux devraient guider les cours lorsqu'elles sont appelées à façonner une ordonnance pertinente en application du par. 241(3). Premièrement, la demande de redressement en cas d'abus doit en soi constituer une façon équitable de régler la situation. Il peut être équitable de tenir un administrateur personnellement responsable lorsque celui-ci a retiré un bénéfice personnel, que ce soit sous la forme d'un avantage financier immédiat ou d'un contrôle accru de la société, a manqué à une obligation personnelle ou a abusé d'un pouvoir de la société, ou lorsqu'une condamnation de la société porterait indûment préjudice à d'autres détenteurs de valeurs mobilières. Ces facteurs constituent simplement des indices de ce que l'équité requière. L'existence d'un bénéfice personnel et la présence de mauvaise foi demeurent des signes révélateurs d'une conduite susceptible d'engager une responsabilité personnelle, mais à l'instar des autres indices, ce ne sont pas des conditions nécessaires. Le principe de l'équité est en fait réfractaire aux formules et doit être évalué cas par cas en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Deuxièmement, l'ordonnance rendue ne devrait pas accorder plus que ce qui est nécessaire pour réparer l'abus. Troisièmement, l'ordonnance rendue peut uniquement servir à répondre aux attentes raisonnables des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants en leur qualité de parties intéressées de la société. Et quatrièmement, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de réparation, les tribunaux devraient tenir compte du contexte général du droit des sociétés. La condamnation d'un administrateur ne peut constituer un substitut pour d'autres formes de réparations prévues par la loi ou la common law, particulièrement lorsque ces autres réparations seraient plus pertinentes eu égard aux circonstances.

En l'espèce, le juge du procès a correctement exercé les pouvoirs de réparation prévus au par. 241(3) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* en concluant que W était personnellement responsable de l'abus. W et B, les seuls membres du comité de vérification, ont joué un rôle prépondérant dans les discussions du conseil

were therefore implicated in the oppressive conduct. In addition, W accrued a personal benefit as a result of the oppressive conduct: he increased his control over Wi2Wi through the conversion of his C Shares (which was not the case for the C Shares held by others) into common shares, which allowed him to participate in the Private Placement despite issues as to whether the test for conversion had been met. This was done to the detriment of A, whose own stake in the company was diluted due to his inability to participate in the Private Placement. The remedy went no further than necessary to rectify A's loss. The quantum of the order was fit as it corresponded to the value of the common shares prior to the Private Placement. Finally, the remedy was appropriately fashioned to vindicate A's reasonable expectations that (1) his A and B Shares would be converted if Wi2Wi met the applicable financial tests laid out in the corporation's articles and (2) the Board would consider his rights in any transaction impacting the A and B shares.

A's pleadings were also adequate to ground the imposition of personal liability. They alleged the four named directors had acted in their personal interest to the detriment of Wi2Wi and A. Specific allegations were made against the directors and accordingly, damages were sought against them personally. The appropriate response to A's bare pleadings was a motion for particulars or discovery prior to trial, not a plea before the appellate courts.

### Cases Cited

**Applied:** *Budd v. Gentra Inc.* (1998), 43 B.L.R. (2d) 27; *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560; **referred to:** *Nanef v. Con-Crete Holdings Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 481; *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113; *Estate of John Wood v. Arius3D Corp.*, 2014 ONSC 3322; *GC Capital Inc. v. Condominium Corp. No. 0614475*, 2013 ABQB 300, 83 Alta. L.R. (5th) 1; *Moon v. Golden Bear Mining Ltd.*, 2012 BCSC 829; *Belliveau v. Belliveau*, 2011 NSSC 397, 3 B.L.R. (5th) 87; *2082825 Ontario Inc. v. Platinum Wood Finishing Inc.* (2009), 96 O.R. (3d) 467; *Cox v. Aspen Veterinary Services Professional Corp.*, 2007 SKQB 270, 301 Sask. R. 1; *Danylchuk v. Wolinsky*, 2007 MBCA 132, 225 Man. R. (2d) 2; *Incorporated Broadcasters Ltd. v. CanWest Global Communications Corp.*, 2008 MBQB 296, 244 Man. R. (2d) 127; *Adecco Canada Inc.*

d'administration ayant mené à la non-conversion des actions A et B de A et ont donc été impliqués dans la conduite abusive. De plus, l'abus a procuré un avantage personnel à W, soit son contrôle accru sur Wi2Wi grâce à la conversion de ses actions C (mais pas des actions C détenues par d'autres) en actions ordinaires, ce qui lui a permis de participer au Placement privé, et ce, malgré l'existence de doutes quant au respect du test relatif à la conversion. Cela s'est fait au détriment de A, dont les propres intérêts dans l'entreprise ont été dilués en raison de son incapacité à participer au Placement privé. La réparation n'a pas accordé plus que ce qui était nécessaire pour remédier à la perte de A. Le montant de l'ordonnance était approprié, puisqu'il correspondait à la valeur des actions ordinaires avant le Placement privé. Enfin, la réparation a été adéquatement élaborée eu égard aux attentes raisonnables de A selon lesquelles (1) ses actions A et B seront converties si la société satisfaisait aux tests financiers applicables établis dans les statuts de la société, et (2) le conseil d'administration tiendra compte de ses droits lors de toute opération ayant une incidence sur les actions A et B.

Les actes de procédure de A étaient par ailleurs suffisants pour fonder l'imposition d'une responsabilité personnelle. A a allégué que les quatre administrateurs désignés ont agi dans leur intérêt personnel et au détriment de Wi2Wi et de A. Ce dernier a fait des allégations précises contre les administrateurs et, en conséquence, il a demandé qu'ils soient condamnés personnellement à verser des dommages-intérêts. La réponse la plus appropriée aux actes de procédure minimaux produits par A était une requête pour précisions ou un interrogatoire au préalable, et non un plaidoyer devant les cours d'appel.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Budd c. Gentra Inc.* (1998), 43 B.L.R. (2d) 27; *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560; **arrêts mentionnés :** *Nanef c. Con-Crete Holdings Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 481; *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113; *Estate of John Wood c. Arius3D Corp.*, 2014 ONSC 3322; *GC Capital Inc. c. Condominium Corp. No. 0614475*, 2013 ABQB 300, 83 Alta. L.R. (5th) 1; *Moon c. Golden Bear Mining Ltd.*, 2012 BCSC 829; *Belliveau c. Belliveau*, 2011 NSSC 397, 3 B.L.R. (5th) 87; *2082825 Ontario Inc. c. Platinum Wood Finishing Inc.* (2009), 96 O.R. (3d) 467; *Cox c. Aspen Veterinary Services Professional Corp.*, 2007 SKQB 270, 301 Sask. R. 1; *Danylchuk c. Wolinsky*, 2007 MBCA 132, 225 Man. R. (2d) 2; *Incorporated Broadcasters Ltd. c. CanWest Global Communications Corp.*, 2008 MBQB 296, 244

*v. J. Ward Broome Ltd.* (2001), 12 B.L.R. (3d) 275; *Walls v. Lewis* (2009), 97 O.R. (3d) 16; *Waiser v. Deahy Medical Assessments Inc.* (2006), 14 B.L.R. (4th) 317; *Levenzon (Demetriou) v. Spanos Korres*, 2014 QCCS 258; *ScotiaMcLeod Inc. v. Peoples Jewellers Ltd.* (1995), 26 O.R. (3d) 481, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. viii; *Segal v. Blatt*, 2007 QCCS 1488, aff'd 2008 QCCA 1094; *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161; *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. v. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563; *Gottlieb v. Adam* (1994), 21 O.R. (3d) 248; *Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd.*, [1973] A.C. 360; *Themadel Foundation v. Third Canadian General Investment Trust Ltd.* (1998), 38 O.R. (3d) 749; *Smith v. Ritchie*, 2009 ABCA 373; *Stern v. Imasco Ltd.* (1999), 1 B.L.R. (3d) 198; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Trackcom Systems International Inc. v. Trackcom Systems Inc.*, 2014 QCCA 1136; *Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 241.

#### Authors Cited

Koehnen, Markus. *Oppression and Related Remedies*, Toronto: Thomson/Carswell, 2004.  
 MacIntosh, Jeffrey G. "The Retrospectivity of the Oppression Remedy" (1987), 13 *Can. Bus. L.J.* 219.  
 Miller, Paul B. "Justifying Fiduciary Remedies" (2013), 63 *U.T.L.J.* 570.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Dufresne and Gagnon J.J.A.), 2015 QCCA 1350, 53 B.L.R. (5th) 43, [2015] AZ-51207607, [2015] Q.J. No. 7670 (QL), 2015 CarswellQue 13380 (WL Can.), affirming a decision of Hamilton J., 2014 QCCS 180, [2014] AZ-51037940, [2014] Q.J. No. 401 (QL), 2014 CarswellQue 419 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Terrence J. O'Sullivan, Paul Mitchell and Zain Naqi*, for the appellant.

*Douglas C. Mitchell and Emma Lambert*, for the respondent.

*Man. R.* (2d) 127; *Adecco Canada Inc. c. J. Ward Broome Ltd.* (2001), 12 B.L.R. (3d) 275; *Walls c. Lewis* (2009), 97 O.R. (3d) 16; *Waiser c. Deahy Medical Assessments Inc.* (2006), 14 B.L.R. (4th) 317; *Levenzon (Demetriou) c. Spanos Korres*, 2014 QCCS 258; *ScotiaMcLeod Inc. c. Peoples Jewellers Ltd.* (1995), 26 O.R. (3d) 481, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. viii; *Segal c. Blatt*, 2007 QCCS 1488, conf. par 2008 QCCA 1094; *Downtown Eatery (1993) Ltd. c. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161; *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. c. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563; *Gottlieb c. Adam* (1994), 21 O.R. (3d) 248; *Ebrahimi c. Westbourne Galleries Ltd.*, [1973] A.C. 360; *Themadel Foundation c. Third Canadian General Investment Trust Ltd.* (1998), 38 O.R. (3d) 749; *Smith c. Ritchie*, 2009 ABCA 373; *Stern c. Imasco Ltd.* (1999), 1 B.L.R. (3d) 198; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Trackcom Systems International Inc. c. Trackcom Systems Inc.*, 2014 QCCA 1136; *Rodaro c. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74.

#### Lois et règlements cités

*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 241.

#### Doctrine et autres documents cités

Koehnen, Markus. *Oppression and Related Remedies*, Toronto, Thomson/Carswell, 2004.  
 MacIntosh, Jeffrey G. « The Retrospectivity of the Oppression Remedy » (1987), 13 *Rev. can. dr. comm.* 219.  
 Miller, Paul B. « Justifying Fiduciary Remedies » (2013), 63 *U.T.L.J.* 570.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Dufresne et Gagnon), 2015 QCCA 1350, 53 B.L.R. (5th) 43, [2015] AZ-51207607, [2015] J.Q. n° 7670 (QL), 2015 CarswellQue 7661 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Hamilton, 2014 QCCS 180, [2014] AZ-51037940, [2014] Q.J. No. 401 (QL), 2014 CarswellQue 419 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Terrence J. O'Sullivan, Paul Mitchell et Zain Naqi*, pour l'appelant.

*Douglas C. Mitchell et Emma Lambert*, pour l'intimé.



The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

CÔTÉ J. —

LA JUGE CÔTÉ —

## I. Introduction

## I. Introduction

[1] Section 241(3) of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (“CBCA”), allows a court to “make any interim or final order it thinks fit” to rectify the matters complained of in an action for corporate oppression. The principal question raised by this appeal is when an order for compensation under this section may properly lie against the directors of a corporation personally, as opposed to the corporation itself.

[1] Le paragraphe 241(3) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44 (« LCSA »), permet à un tribunal de « rendre les ordonnances provisoires ou définitives qu’il estime pertinentes » pour redresser la situation dénoncée dans une action en redressement pour abus par une société. La question principale soulevée dans le présent pourvoi vise à déterminer dans quelles circonstances une ordonnance d’indemnisation rendue en vertu de cette disposition peut à bon droit être dirigée personnellement contre les administrateurs de la société, plutôt que contre la société elle-même.

[2] For almost 20 years, the leading authority on this question has been the Ontario Court of Appeal’s decision in *Budd v. Gentra Inc.* (1998), 43 B.L.R. (2d) 27 (“*Budd*”), and in my view, there is no reason to depart from the guidance provided in *Budd* now.

[2] Pendant près de 20 ans, *Budd c. Gentra Inc.* (1998), 43 B.L.R. (2d) 27 (« *Budd* »), de la Cour d’appel de l’Ontario a constitué l’arrêt de principe sur cette question, et je ne vois aucune raison de nous en écarter présentement.

[3] In this case, the trial judge did not err in his application of *Budd* or the principles governing orders under s. 241(3) when he found the appellant director personally liable for the oppressive conduct. Appellate intervention is therefore unwarranted, and I would accordingly dismiss the appeal.

[3] En l’espèce, le juge du procès n’a pas commis d’erreur dans son application de *Budd* ou des principes qui régissent les ordonnances visées au par. 241(3) en concluant que l’administrateur appelant est personnellement responsable de l’abus reproché. Une intervention en appel n’est donc pas justifiée, et je suis en conséquence d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Background

## II. Les faits

### A. *Context and the Corporation’s Capital Structure*

### A. *Contexte et structure financière de la société*

[4] From 2005 to 2007, the respondent, Mr. Alharayeri, was the President, the Chief Executive Officer (“CEO”), a significant minority shareholder and a director of Wi2Wi Corporation (“Corporation”), a technology company incorporated under the CBCA. Prior to the events leading to the instant litigation, he held 2 million common shares, 1 million Class A Convertible Preferred Shares (“A Shares”)

[4] De 2005 à 2007, l’intimé, M. Alharayeri était président, chef de la direction, actionnaire minoritaire important et administrateur de Wi2Wi Corporation (« société »), une entreprise spécialisée en technologie, constituée sous le régime de la LCSA. Avant les événements ayant mené au litige dont nous sommes saisis, M. Alharayeri détenait 2 millions d’actions ordinaires de la société, 1 million

and 1.5 million Class B Convertible Preferred Shares (“B Shares”) in the Corporation. The respondent was the sole holder of the A and B Shares, which were issued to him as performance-linked incentives. The A Shares were convertible into common shares if the Corporation met certain financial targets in the 2006 fiscal year, and the B Shares were convertible into common shares if certain financial targets were met in the 2007 fiscal year. If the targets were not met, the shares were to be converted into a reduced number of common shares prorated according to the shortfall.

[5] The Corporation also issued Class C Convertible Preferred Shares (“C Shares”) as an incentive to those involved in finding financing for it. Like the A and B Shares, the C Shares were convertible into common shares if the Corporation met a financial target laid out in its articles of incorporation. The appellant, Mr. Wilson, was one of the C shareholders and beneficially owned or controlled 100,000 C Shares through YTW Growth Capital Management Corp. (“YTW Corp.”). Like the A and B Shares, the C Shares were non-participating, non-voting, non-transferable and non-assignable.

#### B. *Origins of the Dispute*

[6] In March 2007, as a result of recurring cash flow issues, the Corporation began to seriously consider merging its operations with those of another business, Mitec Telecom Inc. (“Mitec”). While negotiating the merger, the respondent was also separately negotiating with Mitec the sale of his own shares in the Corporation in order to alleviate personal financial difficulties. Without notifying the Corporation’s Board, the respondent agreed to sell some of his common shares to Mitec, and he signed a share purchase agreement to that effect on April 2, 2007. On May 31, 2007, when the Corporation’s Board finally learned of the respondent’s personal share purchase agreement, he was censured for concealing the deal and failing to disclose the potential

d’actions privilégiées de catégorie A convertibles (« actions A ») et 1,5 million d’actions privilégiées de catégorie B convertibles (« actions B »). L’intimé était le seul détenteur d’actions A et B, lesquelles lui avaient été émises comme incitatifs liés au rendement. Les actions A étaient convertibles en actions ordinaires à la condition que la société atteigne certains objectifs financiers durant l’exercice financier 2006. Dans le cas des actions B, la conversion en actions ordinaires était également liée au respect d’objectifs financiers, mais pour l’exercice financier 2007. Si les objectifs financiers n’étaient pas atteints, les actions devaient être converties en un nombre réduit d’actions ordinaires établi au prorata du manque à gagner.

[5] La société avait aussi émis des actions privilégiées de catégorie C convertibles (« actions C ») comme incitatifs pour les personnes chargées d’obtenir du financement pour l’entreprise. À l’instar des actions A et B, les actions C pouvaient être converties en actions ordinaires si la société atteignait un objectif financier établi dans ses statuts constitutifs. L’appelant, M. Wilson, un des détenteurs d’actions C, détenait ou contrôlait à titre bénéficiaire 100 000 actions C par l’entremise de YTW Growth Capital Management Corp. (« YTW Corp. »). Comme les actions A et B, les actions C étaient non participantes, non votantes, non transférables et non cessibles.

#### B. *Origines du différend*

[6] En mars 2007, en raison de problèmes de liquidité récurrents, la société a commencé à envisager sérieusement de fusionner ses activités avec celles d’une autre entreprise, Mitec Telecom Inc. (« Mitec »). Tout en négociant la fusion, l’intimé négociait aussi séparément avec Mitec la vente de ses propres actions dans la société afin d’alléger ses difficultés financières personnelles. Sans en aviser le conseil d’administration de la société, l’intimé a convenu de vendre à Mitec certaines de ses actions ordinaires et a signé une convention d’achat d’actions à cet égard le 2 avril 2007. Le 31 mai 2007, ayant finalement eu vent de la convention d’achat d’actions conclue par l’intimé à titre personnel, le conseil d’administration de la société a reproché

conflict of interest. This triggered his resignation as President, CEO and director of the company on June 1, 2007.

[7] After the respondent's resignation, the appellant became Wi2Wi's President and CEO. The Corporation's Board consisted of seven remaining directors. However, its audit committee comprised only two directors: the appellant and Dr. Hans Black — the chairperson of the audit committee.

[8] During the months following the respondent's resignation, further negotiations were conducted by the respondent, the Corporation, and Mitec, but none materialized into a merger or a share purchase agreement.

[9] In September 2007, the Corporation's Board decided to issue a private placement of convertible secured notes ("Private Placement") to its existing common shareholders in response to its continuing financial difficulties. Under the terms of the issuance, each shareholder was entitled to subscribe for \$1.00 of notes for every two common shares the shareholder had in the Corporation. The notes were convertible into common shares at the rate of 50,000 common shares per \$1,000 principal amount of notes. The Private Placement would therefore substantially dilute the proportion of common shares held by any shareholder who did not participate in it.

[10] Prior to the Private Placement, the Board accelerated the conversion of 100,000 C Shares, beneficially held by YTW Corp. for the appellant, into common shares. It did so despite doubts expressed by the auditors as to whether or not the test for the C Share conversion had been met. The other two holders of C Shares did not benefit from their expedited conversion.

[11] On the other hand, the respondent's A Shares were never converted into common shares. The Board never approved the 2006 audited financial statements, which contained a note stipulating that,

à ce dernier d'avoir caché l'entente et omis de divulguer le conflit d'intérêts potentiel. Cela a provoqué la démission de l'intimé, le 1<sup>er</sup> juin 2007, de ses fonctions de président, de chef de la direction et d'administrateur de l'entreprise.

[7] Après la démission de l'intimé, l'appellant est devenu président et chef de la direction de Wi2Wi. Le conseil d'administration de la société était composé des sept autres administrateurs. Son comité de vérification ne comptait que deux administrateurs, l'appellant et le D<sup>r</sup> Hans Black — lequel était président du comité de vérification.

[8] Au cours des mois ayant suivi la démission de l'intimé, d'autres négociations ont eu cours entre ce dernier, la société et Mitec, mais elles n'ont donné lieu ni à une fusion ni à une convention d'achat d'actions.

[9] En septembre 2007, afin de résoudre les difficultés financières persistantes de la société, son conseil d'administration a décidé d'offrir à ses détenteurs d'actions ordinaires des billets garantis convertibles dans le cadre d'un placement privé (« Placement privé »). Celui-ci donnait à chaque actionnaire le droit de souscrire à ces billets à hauteur de 1,00 \$ pour chaque groupe de deux actions ordinaires de la société qu'il détenait. Les billets étaient convertibles en actions ordinaires, à raison de 50 000 actions ordinaires par tranche de billets de 1000 \$ en capital. Le Placement privé avait donc pour effet de diminuer considérablement la proportion d'actions ordinaires détenues par les actionnaires qui ne participaient pas à cette opération.

[10] Avant le Placement privé, le conseil d'administration avait accéléré la conversion en actions ordinaires des 100 000 actions C dont YTW Corp. était détentrice au bénéfice de l'appellant, et ce, malgré les doutes exprimés par les vérificateurs quant au respect du test relatif à la conversion de ces actions. Les deux autres détenteurs d'actions C n'ont pas bénéficié de la conversion accélérée de ces actions.

[11] Les actions A de l'intimé n'ont quant à elles jamais été converties en actions ordinaires. Le conseil d'administration n'a jamais approuvé les états financiers vérifiés de 2006, qui contenaient une note

on the basis of the financial test laid out in the articles of incorporation, the A Shares were convertible into 1 million common shares at the option of the holder. In Board meetings, both the appellant and Dr. Black expressed doubts as to whether it was appropriate to permit the conversion of the A Shares in light of the respondent's conduct, particularly his involvement in parallel share purchase negotiations with Mitec. Consequently, the Board never sent the respondent a formal notice of his crystallized conversion rights, and his A Shares were never converted into common shares, despite his requests for conversion at Board meetings, in emails, and otherwise.

[12] Similarly, the respondent's B Shares were never converted into common shares, notwithstanding that, based on the approved 2007 financial statements, the respondent's B Shares were convertible into 223,227 common shares.

[13] As a result of the Private Placement, the respondent's proportion of common shares, and the value thereof, were significantly reduced. Consequently, the value of the respondent's A and B Shares — convertible as they were into common shares — was also greatly reduced. This prompted the respondent to file an application for oppression under s. 241 of the *CBCA* against four of the Corporation's directors, including the two members of the audit committee: the appellant and Dr. Black.

### III. Judicial History

#### A. *Quebec Superior Court, 2014 QCCS 180*

[14] At trial, the respondent alleged seven specific acts of oppression against the four defendant directors. The Corporation was joined as an impleaded party. Hamilton J. addressed all seven of the respondent's allegations using the framework laid out by this Court in *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560 ("*BCE*"). He found that the respondent had a reasonable expectation that his

indiquant que, sur le fondement du test financier établi dans les statuts constitutifs, les actions A pouvaient, au gré du détenteur, être converties en un million d'actions ordinaires. Lors des réunions du conseil d'administration, tant l'appelant que le D<sup>r</sup> Black ont exprimé des doutes sur l'opportunité de permettre la conversion des actions A de l'intimé, étant donné sa conduite, et plus particulièrement en raison des négociations parallèles d'achat d'actions qu'il avait menées avec Mitec. Par conséquent, le conseil d'administration n'a jamais envoyé un avis formel à l'intimé pour l'informer que les conditions requises pour l'exercice de ses droits de conversion étaient réunies. Ses actions A n'ont donc jamais été converties en actions ordinaires, malgré les demandes formulées en ce sens par l'intimé lors des réunions du conseil d'administration, mais aussi dans des courriels et autrement.

[12] Les actions B de l'intimé n'ont jamais non plus été converties en actions ordinaires, même si, selon les états financiers approuvés de 2007, elles pouvaient être converties en 223 227 actions ordinaires.

[13] En raison du Placement privé, la proportion et la valeur des actions ordinaires que possédait l'intimé ont considérablement diminué. Par conséquent, la valeur des actions A et B de l'intimé — qui pouvaient auparavant être converties en actions ordinaires — a aussi grandement diminué. Cela a poussé l'intimé à déposer une demande de redressement pour abus en vertu de l'art. 241 de la *LCSA*, et ce, contre quatre des administrateurs de la société, dont les deux membres du comité de vérification, l'appelant et le D<sup>r</sup> Black.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure du Québec, 2014 QCCS 180*

[14] Au procès, l'intimé a allégué sept actes spécifiques d'abus contre les quatre administrateurs défendeurs. La société a été mise en cause. Le juge Hamilton a examiné les sept allégations de l'intimé en recourant au cadre exposé par la Cour dans *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560 (« *BCE* »). Il a conclu que l'intimé s'attendait raisonnablement à ce que, si elles

A and B Shares would be converted if they met the applicable financial tests laid out in the Corporation's articles and that the Board would consider his rights as an A and B shareholder in any transaction impacting the A and B Shares. He concluded that two of the four defendants, the appellant and Dr. Black, were personally liable for the Board's refusal to convert the respondent's A and B Shares into common stock and the failure to ensure that the respondent's rights as an A and B shareholder were not prejudiced by the Private Placement.

[15] Hamilton J. adopted the test for a director's personal liability in an oppression case from *Budd*. Applying *Budd*, he held that it was "fit" to order the appellant personally to pay damages to the respondent because (1) along with Dr. Black, the appellant had personally benefitted from the Private Placement and the dilution of the respondent's shares, and (2) the appellant alone had benefitted from the conversion of his C Shares into the full number of common shares notwithstanding issues as to whether the conversion test had been met (para. 167 (CanLII)).

[16] In the result, Hamilton J. held the appellant and Dr. Black solidarily liable for the oppression and ordered them to pay the respondent compensation in the amount of \$648,310.

B. *Quebec Court of Appeal, 2015 QCCA 1350, 53 B.L.R. (5th) 43*

[17] On appeal, Mr. Wilson and Dr. Black argued, among other things, that the trial judge had erred by holding them personally liable on the basis of the lead roles they had played in the oppression, especially in the discussion at the Board level, and that the trial judge had violated the *audi alteram partem* rule by relying on facts that had not been alleged and arguments that had not been raised (para. 30).

[18] The Court of Appeal rejected both of these grounds and dismissed the appeal.

satisfaisaient aux tests financiers applicables énoncés dans les statuts de la société, ses actions A et B soient converties, et à ce que le conseil d'administration tienne compte de ses droits en tant que détenteur de ces actions lors de toute opération ayant une incidence sur elles. Le juge Hamilton a conclu que deux des quatre défendeurs, soit l'appelant et le D<sup>r</sup> Black, étaient personnellement responsables du refus du conseil d'administration de convertir les actions A et B de l'intimé en actions ordinaires et de l'omission de faire en sorte que le Placement privé ne porte pas atteinte aux droits de ce dernier à titre de détenteur d'actions A et B.

[15] Le juge Hamilton a adopté le test énoncé dans *Budd* quant à la responsabilité personnelle des administrateurs dans les affaires de redressement pour abus. Appliquant *Budd*, il a jugé qu'il était « pertinent » de condamner l'appelant personnellement à payer des dommages-intérêts à l'intimé parce que, (1) tout comme le D<sup>r</sup> Black, l'appelant a personnellement bénéficié du Placement privé et de la dilution des actions de l'intimé et que (2) seul l'appelant a profité de la conversion de ses actions C en un nombre maximal d'actions ordinaires, malgré des doutes quant à savoir si le test relatif à cette conversion avait été respecté : par. 167 (CanLII).

[16] Par conséquent, le juge Hamilton a conclu que l'appelant et le D<sup>r</sup> Black étaient solidairement responsables de l'abus et les a condamnés à payer à l'intimé une indemnité au montant de 648 310 \$.

B. *Cour d'appel du Québec, 2015 QCCA 1350, 53 B.L.R. (5th) 43*

[17] En appel, M. Wilson et le D<sup>r</sup> Black ont entre autres fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en concluant à leur responsabilité personnelle en raison de leur rôle prépondérant dans la commission de l'abus, tout particulièrement pendant la discussion au conseil d'administration, et qu'il avait contrevenu à la règle *audi alteram partem* en se fondant sur des faits qui n'avaient pas été allégués et sur des arguments qui n'avaient pas été plaidés : par. 30.

[18] La Cour d'appel a rejeté ces deux moyens et a par conséquent rejeté l'appel.

[19] On its review of the facts, the Court of Appeal held that the imposition of personal liability was justified, noting that both Mr. Wilson and Dr. Black must have known that Mr. Alharayeri's A Share conversion rights had crystallized because of their positions on the audit committee (para. 41). As the only audit committee members, Mr. Wilson and Dr. Black wielded significant influence over the conversion decision and used this influence to advocate against conversion of Mr. Alharayeri's shares while also advocating for the Private Placement (paras. 43-47). Further, Mr. Wilson admitted at trial that the issue concerning Mr. Alharayeri had "disappeared because he was no longer a shareholder in a position to block and be a big influence on all of the stuff that the company was doing" (para. 47). In light of these facts, the Court of Appeal held that the trial judge's conclusions — that Mr. Wilson and Dr. Black had played a lead role in the oppression and that the circumstances justified the imposition of personal liability — contained no errors warranting their reversal (paras. 33 and 48).

[20] Regarding the *audi alteram partem* issue, the Court of Appeal held that the pleadings did not preclude the trial judge's imposition of personal liability. In doing so, it reasoned that the matter of the appellant's personal advantage could not have surprised him, because multiple pleadings — including amended versions of the Motion to Institute Proceedings, the parties' Joint Declaration That a File Is Complete, and the Defence and Amended Defence — had specifically identified this to be at issue. The Court of Appeal also distinguished *Budd* — in which the pleadings were held to disclose no reasonable cause of action and the plaintiff's claim was against, *inter alia*, 30 directors, 9 officers, and 5 portfolio companies — as involving a different situation altogether. The Court of Appeal therefore refused to give effect to this ground of appeal, before going on to uphold the trial judge's decision.

[19] Après examen des faits, la Cour d'appel a conclu qu'une responsabilité personnelle était justifiée, car tant M. Wilson que le D<sup>r</sup> Black devaient savoir, en raison de leur rôle au comité de vérification, que les conditions requises pour l'exercice des droits de conversion des actions A de M. Alharayeri étaient réunies : par. 41. En tant que seuls membres de ce comité, M. Wilson et le D<sup>r</sup> Black avaient le pouvoir d'influencer considérablement la décision concernant la conversion des actions; ils ont utilisé cette influence pour s'opposer à la conversion des actions de M. Alharayeri, tout en prônant le Placement privé : par. 43-47. De plus, M. Wilson a admis au procès que les préoccupations par rapport à M. Alharayeri avaient [TRADUCTION] « disparu parce qu'il n'était plus un actionnaire en mesure de faire obstruction ou d'avoir une influence importante sur les affaires de l'entreprise » : par. 47. À la lumière de ces faits, la Cour d'appel a jugé que les conclusions du juge du procès — selon lesquelles, d'une part, M. Wilson et le D<sup>r</sup> Black avaient joué un rôle prépondérant dans la commission de l'abus et, d'autre part, l'imposition d'une responsabilité personnelle était légitime vu les circonstances — ne contenaient aucune erreur justifiant leur infirmation : par. 33 et 48.

[20] Concernant la question de la règle *audi alteram partem*, la Cour d'appel a affirmé que les actes de procédure n'empêchaient pas le juge du procès de conclure à la responsabilité personnelle de l'appelant. En effet, à son avis, la question relative à l'avantage personnel dont a joui l'appelant ne pouvait le surprendre, puisque de nombreux actes de procédure — notamment des versions amendées de la requête introductive d'instance, la déclaration commune de dossier complet ainsi que la défense et la défense amendée — indiquaient expressément que cette question était en litige. À cet égard, la Cour d'appel a aussi distingué *Budd* — affaire dans laquelle il a été conclu que les actes de procédure ne révélaient aucune cause d'action valable et où l'action du demandeur visait notamment 30 administrateurs, 9 dirigeants et 5 sociétés de portefeuille —, estimant que la situation en cause dans la présente affaire était complètement différente. La Cour d'appel a donc refusé de retenir ce moyen d'appel et a confirmé la décision du juge du procès.

#### IV. Issues

[21] The trial judge's conclusions regarding the oppressive conduct are not at issue before this Court. Rather, Mr. Wilson challenges the conclusion that it is "fit" to hold him personally liable for that oppressive conduct. In particular, this appeal raises two issues relating to the imposition of personal liability in an oppression action:

- (1) When may personal liability for oppression be imposed on corporate directors?
- (2) Were the pleadings sufficient to ground the imposition of personal liability in this case?

#### V. Analysis

##### A. *When May Personal Liability for Oppression Be Imposed on Corporate Directors?*

[22] It is helpful to begin by situating the analysis within the context of an oppression action under the *CBCA*. Sections 241(1) and 241(2) of the *CBCA* provide:

**241 (1)** A complainant may apply to a court for an order under this section.

(2) If, on an application under subsection (1), the court is satisfied that in respect of a corporation or any of its affiliates

(a) any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects a result,

(b) the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are or have been carried on or conducted in a manner, or

#### IV. Questions en litige

[21] Les conclusions du juge du procès concernant l'abus ne sont pas en litige devant notre Cour. M. Wilson conteste plutôt la conclusion qu'il est « pertinent » de le tenir personnellement responsable de cet abus. Le présent pourvoi soulève plus particulièrement deux questions en ce qui concerne l'imposition d'une responsabilité personnelle dans le cadre d'une action en redressement pour abus :

- (1) Dans quelles circonstances la responsabilité personnelle des administrateurs d'une société peut-elle être engagée au regard d'un abus?
- (2) En l'espèce, les actes de procédure étaient-ils suffisants pour justifier l'imposition d'une responsabilité personnelle?

#### V. Analyse

##### A. *Dans quelles circonstances la responsabilité personnelle des administrateurs d'une société peut-elle être engagée au regard d'un abus?*

[22] Il est utile de commencer par situer l'analyse dans le contexte des actions en redressement pour abus visées aux par. 241(1) et 241(2) de la *LCSA*, lesquels énoncent ce qui suit :

**241 (1)** Tout plaignant peut demander au tribunal de rendre les ordonnances visées au présent article.

(2) Le tribunal saisi d'une demande visée au paragraphe (1) peut, par ordonnance, redresser la situation provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe qui, à son avis, abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou, se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts :

a) soit en raison de son comportement;

b) soit par la façon dont elle conduit ses activités commerciales ou ses affaires internes;

(c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer, the court may make an order to rectify the matters complained of.

[23] The nature of the oppression remedy is well recognized in our jurisprudence. Section 241 creates an equitable remedy that “seeks to ensure fairness — what is ‘just and equitable’” (*BCE*, at para. 58). It gives “a court broad, equitable jurisdiction to enforce not just what is legal but what is fair” (*ibid.*). Courts considering claims for oppression are therefore instructed to engage in fact-specific, contextual inquiries looking at “business realities, not merely narrow legalities” (*ibid.*).

[24] The two requirements of an oppression claim are equally well known. First, the complainant must “identify the expectations that he or she claims have been violated by the conduct at issue and establish that the expectations were reasonably held” (*BCE*, at para. 70). Second, the complainant must show that these reasonable expectations were violated by corporate conduct that was oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregarded the interests of “any security holder, creditor, director or officer,” pursuant to s. 241(2). As stated above, the presence of these two elements is not at issue in this appeal.

[25] What is at issue is whether the trial judge appropriately exercised the remedial powers provided in s. 241(3) by holding Mr. Wilson personally liable for the oppression. Section 241(3) reads as follows:

(3) In connection with an application under this section, the court may make any interim or final order it thinks fit including, without limiting the generality of the foregoing,

c) soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

[23] La nature du redressement pour abus est bien établie par notre jurisprudence. L’article 241 crée un recours en equity qui « vise à rétablir la justice — ce qui est “juste et équitable” » : *BCE*, par. 58. Il confère « au tribunal un vaste pouvoir, en equity, d’imposer le respect non seulement du droit, mais de l’équité » : *ibid.* Les tribunaux saisis d’une demande de redressement pour abus doivent donc examiner les faits particuliers de l’affaire et le contexte pour tenir compte « de la réalité commerciale, et pas seulement de considérations strictement juridiques » : *ibid.*

[24] Les deux éléments constitutifs d’une demande de redressement pour abus sont également bien connus. Premièrement, le plaignant doit « préciser quelles attentes ont censément été frustrées par le comportement en cause et en établir le caractère raisonnable » : *BCE*, par. 70. Deuxièmement, le plaignant doit démontrer que ces attentes raisonnables ont été frustrées en raison d’un comportement abusif de la société, d’un préjudice injuste ou d’une omission injuste de tenir compte des droits « des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants » comme le prévoit le par. 241(2). Tel qu’il est indiqué précédemment, la présence de ces deux éléments n’est pas en litige dans le présent pourvoi.

[25] La question qui nous occupe est plutôt celle de savoir si le juge du procès a correctement exercé les pouvoirs de réparation prévus au par. 241(3) en concluant que M. Wilson était personnellement responsable de l’abus. Le paragraphe 241(3) est rédigé comme suit :

(3) Le tribunal peut, en donnant suite aux demandes visées au présent article, rendre les ordonnances provisoires ou définitives qu’il estime pertinentes pour, notamment :



- |  |  |
|--|--|
| <p><b>(a)</b> an order restraining the conduct complained of;</p> <p><b>(b)</b> an order appointing a receiver or receiver-manager;</p> <p><b>(c)</b> an order to regulate a corporation's affairs by amending the articles or by-laws or creating or amending a unanimous shareholder agreement;</p> <p><b>(d)</b> an order directing an issue or exchange of securities;</p> <p><b>(e)</b> an order appointing directors in place of or in addition to all or any of the directors then in office;</p> <p><b>(f)</b> an order directing a corporation, subject to subsection (6), or any other person, to purchase securities of a security holder;</p> <p><b>(g)</b> an order directing a corporation, subject to subsection (6), or any other person, to pay a security holder any part of the monies that the security holder paid for securities;</p> <p><b>(h)</b> an order varying or setting aside a transaction or contract to which a corporation is a party and compensating the corporation or any other party to the transaction or contract;</p> <p><b>(i)</b> an order requiring a corporation, within a time specified by the court, to produce to the court or an interested person financial statements in the form required by section 155 or an accounting in such other form as the court may determine;</p> <p><b>(j)</b> <u>an order compensating an aggrieved person;</u></p> <p><b>(k)</b> an order directing rectification of the registers or other records of a corporation under section 243;</p> <p><b>(l)</b> an order liquidating and dissolving the corporation;</p> <p><b>(m)</b> an order directing an investigation under Part XIX to be made; and</p> <p><b>(n)</b> an order requiring the trial of any issue.</p> | <p><b>a)</b> empêcher le comportement contesté;</p> <p><b>b)</b> nommer un séquestre ou un séquestre-gérant;</p> <p><b>c)</b> régler les affaires internes de la société en modifiant les statuts ou les règlements administratifs ou en établissant ou en modifiant une convention unanime des actionnaires;</p> <p><b>d)</b> prescrire l'émission ou l'échange de valeurs mobilières;</p> <p><b>e)</b> faire des nominations au conseil d'administration, soit pour remplacer tous les administrateurs en fonctions ou certains d'entre eux, soit pour en augmenter le nombre;</p> <p><b>f)</b> enjoindre à la société, sous réserve du paragraphe (6), ou à toute autre personne, d'acheter des valeurs mobilières d'un détenteur;</p> <p><b>g)</b> enjoindre à la société, sous réserve du paragraphe (6), ou à toute autre personne, de rembourser aux détenteurs une partie des fonds qu'ils ont versés pour leurs valeurs mobilières;</p> <p><b>h)</b> modifier les clauses d'une opération ou d'un contrat auxquels la société est partie ou de les résilier, avec indemnisation de la société ou des autres parties;</p> <p><b>i)</b> enjoindre à la société de lui fournir, ainsi qu'à tout intéressé, dans le délai prescrit, ses états financiers en la forme exigée à l'article 155, ou de rendre compte en telle autre forme qu'il peut fixer;</p> <p><b>j)</b> <u>indemniser les personnes qui ont subi un préjudice;</u></p> <p><b>k)</b> prescrire la rectification des registres ou autres livres de la société, conformément à l'article 243;</p> <p><b>l)</b> prononcer la liquidation et la dissolution de la société;</p> <p><b>m)</b> prescrire la tenue d'une enquête conformément à la partie XIX;</p> <p><b>n)</b> soumettre en justice toute question litigieuse.</p> |
|--|--|

[26] Section 241(3) thus gives a trial court broad discretion to “make any interim or final order it thinks fit,” before enumerating specific examples of permissible orders. But this discretion is not limitless. It

[26] Le paragraphe 241(3) confère donc au juge du procès un large pouvoir discrétionnaire pour « rendre les ordonnances provisoires ou définitives qu'il estime pertinentes », puis énumère des exemples précis

must be exercised within legal bounds, and, as a starting point, it must be exercised within the bounds expressly delineated by the *CBCA*.

[27] Any order made under s. 241(3) exists solely to “rectify the matters complained of”, as provided by s. 241(2). The purpose of the oppression remedy is therefore corrective: “. . . in seeking to redress inequities between private parties”, the oppression remedy seeks to “apply a measure of corrective justice” (J. G. MacIntosh, “The Retrospectivity of the Oppression Remedy” (1987), 13 *Can. Bus. L.J.* 219, at p. 225; see also *Nanef v. Con-Crete Holdings Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 481 (C.A.) (“*Nanef*”); 820099 *Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 (Ont. C.J. (Gen. Div.)) (“*Ballard*”), at p. 197). In other words, an order made under s. 241(3) should go no further than necessary to correct the injustice or unfairness between the parties.

[28] However, where, as in this case, the trial judge has determined that a monetary order is fit, applying the principle that the oppression remedy is corrective tells us only about the proper extent of a party’s liability. It does not help us decide whether the monetary order should have been made against the corporation or the director personally.

[29] Some of the examples enumerated in s. 241(3) show that the oppression remedy contemplates liability not only for the corporation, but also for other parties. For instance, ss. 241(3)(f) and 241(3)(g) allow for orders against “any . . . person,” requiring them to purchase securities, or pay to the security holder monies paid by him for securities, respectively. Section 241(3)(j) considers an “order compensating an aggrieved person”, but does not identify against whom such an order may lie. The *CBCA*’s wording goes no further to specify when it is fit to hold

d’ordonnances possibles. Ce pouvoir discrétionnaire n’est cependant pas illimité; il doit être exercé dans des limites légales en commençant par celles expressément énoncées par la *LCSA*.

[27] Les ordonnances prononcées en vertu du par. 241(3) visent uniquement, comme l’indique le par. 241(2), à « redresser la situation » dénoncée par le plaignant. Le redressement pour abus est par conséquent de nature réparatrice : [TRADUCTION] « . . . en cherchant à corriger des iniquités entre des parties privées », le redressement pour abus consiste « en l’application d’une mesure de justice réparatrice » : J. G. MacIntosh, « The Retrospectivity of the Oppression Remedy » (1987), 13 *Rev. can. dr. comm.* 219, p. 225; voir aussi *Nanef c. Con-Crete Holdings Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 481 (C.A.) (« *Nanef* »); 820099 *Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 (C.J. Ont. (Div. gén.)) (« *Ballard* »), p. 197. Autrement dit, les ordonnances prononcées en vertu du par. 241(3) ne devraient pas aller plus loin que nécessaire pour corriger une injustice ou iniquité entre les parties.

[28] Toutefois, lorsque le juge du procès conclut, comme en l’espèce, qu’une ordonnance accordant une réparation pécuniaire est « pertinente », le principe selon lequel le redressement pour abus est de nature réparatrice nous éclaire uniquement sur la portée appropriée de la responsabilité de la partie visée. Il ne nous aide pas à décider si l’ordonnance accordant une réparation pécuniaire devrait être dirigée contre la société ou contre l’administrateur personnellement.

[29] Certains des exemples énumérés au par. 241(3) montrent que le redressement pour abus vise non seulement la responsabilité de la société en cause, mais aussi celle d’autres parties. Par exemple, les al. 241(3)(f) et 241(3)(g) permettent l’imposition d’ordonnances contre « toute [. . .] personne » pour enjoindre à celle-ci d’acheter des valeurs mobilières (al. f) ou de rembourser aux détenteurs les fonds qu’ils ont versés pour leurs valeurs mobilières (al. g)). L’alinéa 241(3)(j) prévoit la possibilité que le tribunal rende une ordonnance pour « indemniser les

directors personally liable under this section. We must therefore turn to the case law for illustrations.

(1) *Budd v. Gentra Inc.*

[30] In *Budd*, Doherty J.A. considered the personal liability of directors under the oppression remedy. Doherty J.A. rejected the proposition that common law principles as to when directors will bear personal liability applied equally in an oppression case (*Budd*, at paras. 31, 34-36 and 40). In particular, he rejected the view that a director's conduct must reveal a separate identity or interest from that of the corporation by falling outside the normal scope of his or her duties in order to attract personal liability (paras. 26, 32 and 35-36). In doing so, Doherty J.A. held that

[a] director or officer may be personally liable for a monetary order . . . if that director or officer is implicated in the conduct said to constitute the oppression and if in all of the circumstances, rectification of the harm done by the oppressive conduct is appropriately made by an order requiring the director or officer to personally compensate the aggrieved parties. [Emphasis added; para. 46.]

[31] Two requirements emerge from this passage. The first is that the director or officer must be implicated in the oppressive conduct. In other words, the oppressive conduct must be attributable to the individual director because of his or her action or inaction. The second is that the order must be fit in all of the circumstances. These two criteria comprise the *Budd* "test".

[32] However, *Budd* also featured a survey of the case law illustrating when personal orders against directors may be appropriate. In an oft-cited passage,

personnes qui ont subi un préjudice », mais ne précise pas contre qui une telle ordonnance peut être rendue. Le libellé de la *LCSA* ne précise pas dans quelles circonstances il est justifié que les administrateurs soient tenus personnellement responsables en application de cette disposition. Nous devons donc consulter la jurisprudence pour avoir des exemples.

(1) *Budd c. Gentra Inc.*

[30] Dans *Budd*, le juge Doherty de la Cour d'appel s'est penché sur la responsabilité personnelle d'administrateurs dans le cadre d'un recours en redressement pour abus. Le juge Doherty a rejeté la proposition selon laquelle les principes de common law quant aux circonstances dans lesquelles la responsabilité personnelle des administrateurs peut être engagée s'appliquaient également aux affaires d'abus : *Budd*, par. 31, 34-36 et 40. Il a en particulier rejeté l'opinion voulant que, pour que la responsabilité personnelle d'un administrateur soit engagée, les actes qu'il a posés doivent révéler une identité distincte ou des intérêts différents de ceux de la personne morale, en ce sens qu'ils vont au-delà des fonctions habituelles de l'administrateur : par. 26, 32 et 35-36. À cet égard, le juge Doherty a expliqué que :

[TRADUCTION] . . . [u]n administrateur ou un dirigeant peut être personnellement condamné à verser une réparation pécuniaire [ . . . ] si cet administrateur ou ce dirigeant est impliqué dans la conduite qui, selon les allégations, constitue l'abus et si, compte tenu de toutes les circonstances, la réparation adéquate du préjudice causé en raison de l'abus peut être atteinte par une ordonnance enjoignant à l'administrateur ou au dirigeant d'indemniser personnellement les parties lésées. [Je souligne; par. 46.]

[31] Deux conditions se dégagent de cet extrait. Tout d'abord, l'administrateur ou le dirigeant doit être impliqué dans l'abus, c'est-à-dire que cet abus doit être attribuable à cette personne du fait de son action ou de son inaction. Ensuite, l'ordonnance doit, compte tenu de toutes les circonstances, être « pertinente ». Ces deux critères constituent le « test » énoncé dans *Budd*.

[32] Cela dit, dans *Budd*, la Cour a aussi procédé à un survol de la jurisprudence illustrant les circonstances dans lesquelles les ordonnances personnelles

author Markus Koehnen suggests that this survey revealed five situations in which personal orders against directors might be appropriate:

1. Where directors obtain a personal benefit from their conduct.
2. Where directors have increased their control of the corporation by the oppressive conduct.
3. Where directors have breached a personal duty they have as directors.
4. Where directors have misused a corporate power.
5. Where a remedy against the corporation would prejudice other security holders. [Footnotes omitted.]

(M. Koehnen, *Oppression and Related Remedies* (2004), at p. 201)

[33] According to Koehnen, *Budd* may have also referred to a sixth category of cases: those “involving closely held corporations where a director or officer has virtually total control over the corporation” (p. 202; *Budd*, at para. 44).

[34] *Budd* has since been applied and endorsed by courts across the country (see, e.g., *Estate of John Wood v. Arius3D Corp.*, 2014 ONSC 3322 (“*Wood Estate*”), at paras. 133-34 (CanLII); *GC Capital Inc. v. Condominium Corp. No. 0614475*, 2013 ABQB 300, 83 Alta. L.R. (5th) 1, at para. 41; *Moon v. Golden Bear Mining Ltd.*, 2012 BCSC 829 (“*Moon*”), at para. 315 (CanLII); *Belliveau v. Belliveau*, 2011 NSSC 397, 3 B.L.R. (5th) 87, at para. 85; *2082825 Ontario Inc. v. Platinum Wood Finishing Inc.* (2009), 96 O.R. (3d) 467 (S.C.J. (Div. Ct.)), at para. 54; *Cox v. Aspen Veterinary Services Professional Corp.*, 2007 SKQB 270, 301 Sask. R. 1, at para. 158; *Danylchuk v. Wolinsky*, 2007 MBCA 132, 225 Man. R. (2d) 2, at para. 59).

contre des administrateurs peuvent être justifiées. Dans un passage souvent cité, l’auteur Markus Koehnen écrit que le survol révèle cinq situations dans lesquelles ce type d’ordonnance pouvait être justifié :

[TRADUCTION]

1. lorsque les administrateurs retirent un bénéfice personnel de leur conduite;
2. lorsque les administrateurs ont augmenté leur contrôle sur la société en raison de l’abus;
3. lorsque les administrateurs manquent à une obligation personnelle qui leur incombe à titre d’administrateurs;
4. lorsque les administrateurs détournent un pouvoir de la société;
5. lorsqu’une réparation à l’encontre de la société porterait préjudice à d’autres détenteurs de valeurs mobilières. [Notes en bas de page omises.]

(M. Koehnen, *Oppression and Related Remedies* (2004), p. 201)

[33] Selon Koehnen, *Budd* pourrait aussi viser une sixième catégorie de situations : celles [TRADUCTION] « impliquant des sociétés fermées où un administrateur ou un dirigeant exerce un contrôle quasi total sur la société » : p. 202; *Budd*, par. 44.

[34] Depuis sa publication, *Budd* a été appliquée et approuvée par les cours de partout au pays : voir, p. ex., *Estate of John Wood c. Arius3D Corp.*, 2014 ONSC 3322 (« *Wood Estate* »), par. 133-134 (CanLII); *GC Capital Inc. c. Condominium Corp. No. 0614475*, 2013 ABQB 300, 83 Alta. L.R. (5th) 1, par. 41; *Moon c. Golden Bear Mining Ltd.*, 2012 BCSC 829 (« *Moon* »), par. 315 (CanLII); *Belliveau c. Belliveau*, 2011 NSSC 397, 3 B.L.R. (5th) 87, par. 85; *2082825 Ontario Inc. c. Platinum Wood Finishing Inc.* (2009), 96 O.R. (3d) 467 (C.S.J. (C. div.)), par. 54; *Cox c. Aspen Veterinary Services Professional Corp.*, 2007 SKQB 270, 301 Sask. R. 1, par. 158; *Danylchuk c. Wolinsky*, 2007 MBCA 132, 225 Man. R. (2d) 2, par. 59.

[35] However, courts have also diverged in their understanding of the case law examples identified in *Budd*. Some courts appear to treat the examples as discrete categories in which a personal order may be appropriate or as factors to be considered in fashioning a remedy (see, e.g., *Incorporated Broadcasters Ltd. v. CanWest Global Communications Corp.*, 2008 MBQB 296, 244 Man. R. (2d) 127, at para. 46; *Moon*, at para. 315). Others appear to treat either the “personal benefit” category or the “closely held” category, or both, as giving rise to necessary conditions for the imposition of personal liability (see, e.g., *Adecco Canada Inc. v. J. Ward Broome Ltd.* (2001), 12 B.L.R. (3d) 275 (Ont. S.C.J.), at para. 30; *Walls v. Lewis* (2009), 97 O.R. (3d) 16 (S.C.J.), at para. 48; *Waiser v. Deahy Medical Assessments Inc.* (2006), 14 B.L.R. (4th) 317 (Ont. S.C.J.), at paras. 57-58). Still others appear not to apply *Budd* at all (see, e.g., *Levenzon (Demetriou) v. Spanos Korres*, 2014 QCCS 258, at para. 69 (CanLII)).

[36] It is apparent that Canadian courts are unsettled as to when the guidance in *Budd* should lead to the imposition of personal liability. Unsurprisingly, then, the jurisprudential debate in this appeal centred on the content of the personal liability “test”. The appellant does not submit that *Budd* was wrongly decided, but rather that it put forth no stringent “test” at all. He urges the Court to adopt necessary criteria governing the imposition of personal liability in every case.

## (2) The Appellant’s Proposed Criteria

[37] According to the appellant, oppressive conduct should be attributable to a director only where the director has control of the corporation and acts in bad faith by using the corporation to advance his or her own personal interest, or where the corporation functions as the director’s alter ego. Overall, the appellant says, “the oppressive conduct must take

[35] Les cours n’ont toutefois pas la même compréhension de la jurisprudence recensée dans *Budd*. Certaines d’entre elles semblent considérer les exemples cités comme des catégories distinctes de situations dans lesquelles une condamnation personnelle peut être justifiée ou comme des facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer la réparation : voir, p. ex., *Incorporated Broadcasters Ltd. c. CanWest Global Communications Corp.*, 2008 MBQB 296, 244 Man. R. (2d) 127, par. 46; *Moon*, par. 315. D’autres semblent considérer que la catégorie du « bénéficiaire personnel » ou la catégorie de la « société fermée », ou ces deux catégories, réunissent les conditions nécessaires pour l’imposition d’une responsabilité personnelle : voir, p. ex., *Adecco Canada Inc. c. J. Ward Broome Ltd.* (2001), 12 B.L.R. (3d) 275 (C.S.J. Ont.), par. 30; *Walls c. Lewis* (2009), 97 O.R. (3d) 16 (C.S.J.), par. 48; *Waiser c. Deahy Medical Assessments Inc.* (2006), 14 B.L.R. (4th) 317 (C.S.J. Ont.), par. 57-58. D’autres encore semblent ne pas suivre du tout *Budd* : voir, p. ex., *Levenzon (Demetriou) c. Spanos Korres*, 2014 QCCS 258, par. 69 (CanLII).

[36] Force est de constater que les tribunaux canadiens ne s’entendent pas sur les circonstances dans lesquelles les principes énoncés dans *Budd* devraient mener à l’imposition d’une responsabilité personnelle. Il n’est donc pas surprenant que les débats ayant eu cours dans le cadre du présent pourvoi au sujet de l’état de la jurisprudence aient été axés sur le contenu du « test » relatif à la responsabilité personnelle. L’appellant ne soutient pas que *Budd* ait été erronément décidé, mais plutôt que cet arrêt n’a nullement élaboré un « test » strict. Il exhorte la Cour à définir les critères essentiels régissant l’imposition d’une responsabilité personnelle applicables dans tous les cas.

## (2) Les critères proposés par l’appellant

[37] Selon l’appellant, on ne devrait pouvoir conclure à l’abus d’un administrateur que si celui-ci a le contrôle de la personne morale et a agi de mauvaise foi en utilisant celle-ci pour servir ses intérêts personnels ou si la personne morale fonctionne comme si elle était son *alter ego*. De façon générale, aux dires de l’appellant, [TRADUCTION] « l’abus doit

on the character of personal conduct of the director” (emphasis deleted). On this theory, the trial judge would have erred in holding the appellant personally liable because the Corporation had some 50 shareholders, none of whom was independently controlling, so he alone was not “pulling the strings.” The appellant therefore invites the Court to narrow the remedial scope of s. 241(3) by reference to principles traditionally limiting director liability at common law. In my view, this invitation should be declined.

[38] In *Budd*, Doherty J.A. warned against “over-laying restrictive common law principles on the broad statutory language of s. 241” (para. 40). The appellant’s proposed reading of the attribution prong of the *Budd* test boils down to integrating the same common law rule rejected in *Budd*:

... officers or employees of limited companies are protected from personal liability unless it can be shown that their actions are themselves tortious or exhibit a separate identity or interest from that of the company so as to make the act or conduct complained of their own. [Emphasis added.]

(*Budd*, at para. 25, citing *ScotiaMcLeod Inc. v. Peoples Jewellers Ltd.* (1995), 26 O.R. (3d) 481 (C.A.), at p. 491, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. viii.)

[39] While this proposition may remain true at common law, s. 241’s remedial purpose lies in applying general standards of commercial fairness given that the sometimes “clumsy tools” of the common law failed to promote such standards (Koehnen, at p. 2). Realizing this purpose may require imposing personal liability on a director where the director is not a controlling shareholder but is nevertheless implicated in the oppression. For example, where otherwise fit, it may be open to a court to impose liability on a director who strongly advocates for an oppressive decision motivated by a personal gain unique to

incarner la conduite personnelle de l’administrateur » (soulignement omis). Selon cette théorie, le juge du procès aurait commis une erreur en tenant l’appellant personnellement responsable de l’abus parce que la société comptait quelque 50 actionnaires, dont aucun ne la contrôlait de façon indépendante, de sorte qu’il « ne tirait pas les ficelles » à lui seul. L’appellant invite par conséquent la Cour à restreindre la portée des réparations possibles en application du par. 241(3), en se référant aux principes traditionnels de common law qui limitent la responsabilité des administrateurs. À mon avis, il convient de décliner cette invitation.

[38] Dans *Budd*, le juge Doherty a mis en garde contre le fait de [TRADUCTION] « superposer des principes restrictifs de common law au libellé large de l’art. 241 » : par. 40. L’interprétation que propose l’appellant pour le volet du test de *Budd* portant sur l’imposition de responsabilité personnelle reviendrait à retenir la règle même de common law que la cour a rejetée dans *Budd* :

[TRADUCTION] ... les dirigeants ou employés de sociétés à responsabilité limitée sont exonérés de toute responsabilité personnelle à moins qu’on ne puisse démontrer qu’ils ont commis un acte qui est délictueux en soi ou qui témoigne d’une identité distincte ou d’intérêts différents de ceux de la personne morale de telle manière que les actes ou les agissements reprochés peuvent leur être attribués. [Je souligne.]

(*Budd*, par. 25, citant *ScotiaMcLeod Inc. c. Peoples Jewellers Ltd.* (1995), 26 O.R. (3d) 481 (C.A.), p. 491, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. viii.)

[39] Si, certes, cette proposition peut demeurer vraie en common law, l’objet réparateur de l’art. 241 découle pour sa part de l’application de normes générales d’équité en matière commerciale parce que les [TRADUCTION] « outils [parfois] maladroits » de la common law n’ont pas réussi à promouvoir de telles normes : Koehnen, p. 2. La réalisation de cet objet réparateur pourrait nécessiter de tenir personnellement responsable un administrateur qui n’est pas actionnaire de contrôle, mais qui est néanmoins impliqué dans l’abus. Par exemple, lorsque cela est par ailleurs justifié, il peut être loisible à une cour de

that director, despite lacking control. But adopting the appellant's proposed control criterion would preclude this.

[40] Additionally, adopting this criterion would effectively give the directors of public companies (including small public companies and new ventures) an additional layer of protection against liability unavailable to the directors of private companies. However, neither the *CBCA* nor the case law support such a distinction. To the extent that some cases emphasize control, they do so not to provide “a more lax standard for public company directors”, but rather to recognize “that personal benefit and increased personal control” — two hallmarks of conduct attracting personal liability — “are more likely to arise in private companies than in public companies” (Koehnen, at p. 202). Therefore, although the presence or absence of control may be considered as a factor in determining whether it is fit to impose personal liability, it is not a necessary criterion for personal liability.

[41] Further, while a director's bad faith may militate strongly in favour of holding him or her personally liable, bad faith is not a necessary condition to imposing personal liability. Conduct may run afoul of s. 241 even when it is driven by lesser states of mental culpability:

“Oppression” carries the sense of conduct that is coercive and abusive, and suggests bad faith. “Unfair prejudice” may admit of a less culpable state of mind, that nevertheless has unfair consequences. Finally, “unfair disregard” of interests extends the remedy to ignoring an interest as being of no importance, contrary to the stakeholders' reasonable expectations . . . .

(*BCE*, at para. 67)

conclure à la responsabilité d'un administrateur qui favorise fortement une décision abusive motivée par un gain personnel dont il a l'apanage, malgré son absence de contrôle. Adopter le critère du contrôle proposé par l'appelant empêcherait une telle conclusion.

[40] Par ailleurs, l'adoption de ce critère aurait pour effet de procurer aux administrateurs de sociétés publiques (y compris celles de petite taille et les nouvelles entreprises) une couche de protection supplémentaire contre les poursuites, une protection dont ne bénéficieraient pas les administrateurs d'entreprises privées. Or, ni la *LCSA* ni la jurisprudence n'appuient une telle distinction. Dans la mesure où l'accent est mis sur le contrôle dans certaines affaires, ce n'est pas pour assujettir [TRADUCTION] « les administrateurs de sociétés publiques à une norme moins rigoureuse », mais plutôt pour reconnaître « que le profit personnel et un contrôle personnel accru » — deux symptômes d'une conduite pouvant engager une responsabilité personnelle — « sont plus susceptibles de survenir au sein d'entreprises privées que de sociétés faisant appel public à l'épargne » : Koehnen, p. 202. Par conséquent, bien que la présence ou l'absence de contrôle puisse être considérée comme un facteur pour décider s'il est « pertinent » d'imposer une responsabilité personnelle, il ne s'agit pas d'un critère nécessaire pour qu'un tribunal puisse conclure à une telle responsabilité.

[41] De plus, si la mauvaise foi d'un administrateur peut militer fortement pour qu'il soit tenu responsable personnellement, sa présence n'est pas une condition nécessaire pour lui imposer une responsabilité personnelle. La conduite peut être contraire aux principes de l'art. 241 même lorsqu'elle résulte d'un état d'esprit moins coupable :

Le terme « abus » désigne un comportement coercitif et excessif et évoque la mauvaise foi. Le « préjudice injuste » peut impliquer un état d'esprit moins coupable, mais dont les conséquences sont néanmoins injustes. Enfin, l'« omission injuste de tenir compte » d'intérêts donnés étend l'application de ce recours à une situation où un intérêt n'est pas pris en compte parce qu'il est perçu comme sans importance, contrairement aux attentes raisonnables des parties intéressées . . .

(*BCE*, par. 67)

[42] As Gascon J. (as he then was) recognized, the oppression remedy is concerned with the effects of oppressive conduct, not the intent of the oppressor:

In oppression matters, it is the effect of the acts and omissions of directors and officers of a company, rather than their intentions, that determines whether the conduct complained of is unfairly prejudicial. The rights conferred by Section 241 *CBCA* turn on effect, not intent. What is important is the result. Effect is key.

(*Segal v. Blatt*, 2007 QCCS 1488, at para. 43 (CanLII), aff'd 2008 QCCA 1094, at paras. 16-17 (CanLII); see also *Wood Estate*, at para. 127, per D. M. Brown J. (as he then was).)

[43] Emphasizing the motivation of the defendant director, to the exclusion of other considerations, would inappropriately shift the focus of the analysis away from the effects of the oppression, and the director's role therein. Courts have accordingly recognized the possibility of director liability for oppression in the absence of bad faith conduct (*Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161 (C.A.), at paras. 55-57; *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. v. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563 (C.A.) (“*Sidaplex*”). However, while bad faith is not a necessary condition, it is an important consideration. A director who acts out of malice or with an eye to personal benefit is more likely to attract personal liability than one who acts in good faith.

[44] The appellant also submits that a personal order against a director can be “fit” only where the director has obtained a personal benefit at the expense of the oppressed party and where there is a direct connection between the impugned conduct and that benefit. On this view, a personal order against the appellant was inappropriate because there was no correlation between the Board's failure to convert the A and B Shares and the benefits accruing to the appellant in the form of increased control of the Corporation and the expedited conversion of his C Shares.

[42] Comme le juge Gascon (siégeant alors à la Cour supérieure du Québec) l'a reconnu, le redressement pour abus s'intéresse aux effets de l'abus, et non à l'intention de son auteur :

[TRADUCTION] Dans les cas d'abus, ce sont les effets des actes et omissions des administrateurs et des dirigeants d'une entreprise, plutôt que leur intention, qui déterminent si le comportement reproché est injustement préjudiciable. Les droits garantis par l'art. 241 de la *LCSA* dépendent de l'effet, et non de l'intention. C'est le résultat qui importe.

(*Segal c. Blatt*, 2007 QCCS 1488, par. 43 (CanLII), conf. par 2008 QCCA 1094, par. 16 et 17 (CanLII); voir aussi *Wood Estate*, par. 127, le juge D. M. Brown (qui siégeait alors à la Cour supérieure de justice).)

[43] Mettre l'accent sur la motivation de l'administrateur défendeur au détriment d'autres considérations éloignerait de façon inappropriée le point de mire de l'analyse des effets de l'abus et du rôle de l'administrateur à cet égard. Les tribunaux ont par conséquent reconnu la possibilité de tenir un administrateur responsable d'un abus en l'absence de mauvaise foi : *Downtown Eatery (1993) Ltd. c. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 55-57; *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. c. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563 (C.A.) (« *Sidaplex* »). Si la mauvaise foi n'est pas une condition nécessaire, il s'agit toutefois d'une considération importante. L'administrateur qui agit par malveillance ou dans le but de retirer un avantage personnel est plus susceptible de voir sa responsabilité personnelle retenue que celui qui a agi de bonne foi.

[44] L'appelant soutient aussi qu'une condamnation personnelle d'un administrateur ne peut être « pertinente » que si celui-ci a retiré un bénéfice personnel de l'abus, au détriment de la partie qui en est victime, et s'il existe un lien direct entre la conduite reprochée et ce bénéfice. Selon ce point de vue, la condamnation personnelle de l'appelant serait en l'occurrence inappropriée ou injustifiée parce qu'il n'y a aucune corrélation entre l'omission du conseil d'administration de convertir les actions A et B et les avantages retirés par l'appelant en raison d'un contrôle accru de la société et de la conversion accélérée de ses actions C.



[45] In my view, this argument is unavailing. As explained above, the oppression remedy exists to rectify harm to the complainant. It is not a gain-based remedy. Gain-based remedies “are, in any context, a striking form of redress insofar as they represent a departure from the norm of loss-based or compensatory relief” (P. B. Miller, “Justifying Fiduciary Remedies” (2013), 63 *U.T.L.J.* 570, at pp. 570-71). Treating a personal benefit as a necessary condition to a director’s personal liability inappropriately emphasizes the gain to the director, at the expense of considering the oppressive conduct leading to the complainant’s loss. For example, oppressive conduct that does not yield a personal benefit may trigger personal liability where the director acts in bad faith or in a Machiavellian fashion (for instance, where the director seeks to punish a shareholder for interpersonal reasons regardless of whether that punishment brings the director any personal benefit). But treating a personal benefit as a necessary condition would preclude personal liability in such a case, where it may otherwise be a fit and fair remedy. Further, demanding a strict correlation between the complainant’s loss and the director’s benefit would imbue an otherwise discretionary, equitable remedy that looks to commercial realities with a legal formalism inimical to its remedial purpose.

[46] Like the appellant’s tendered criteria of control and bad faith, personal benefit should not be treated as a necessary criterion for personal liability. That said, an archetypal case of personal liability will often feature a personal benefit. And courts have regularly looked — and should continue to look — to the presence or absence of a personal benefit in determining whether an order may properly lie against a director personally.

[45] À mon avis, cet argument doit être rejeté. Comme je l’ai expliqué précédemment, le redressement pour abus existe pour réparer le préjudice causé au plaignant. Cette réparation n’est pas liée aux gains réalisés. Les réparations qui sont fondées sur les gains réalisés [TRADUCTION] « sont, peu importe la situation, une forme radicale de réparation en ce sens qu’elles dérogent à la norme, à savoir l’octroi d’une indemnisation compensatoire ou fondée sur une perte » : P. B. Miller, « Justifying Fiduciary Remedies » (2013), 63 *U.T.L.J.* 570, p. 570-571. Considérer l’existence de bénéfices personnels comme une condition nécessaire à la responsabilité personnelle d’un administrateur mettrait l’accent, de façon inappropriée, sur le gain qu’il a retiré aux dépens de l’examen de l’abus qui a mené à la perte subie par le plaignant. Ainsi, à titre d’exemple, l’abus qui ne donne pas lieu à un bénéfice personnel peut entraîner une responsabilité personnelle lorsque l’administrateur agit de mauvaise foi ou de façon machiavélique (par exemple, lorsque l’administrateur veut punir un actionnaire pour des raisons interpersonnelles, que cette punition lui apporte un bénéfice personnel ou non). Or, le fait de considérer un bénéfice personnel comme une condition nécessaire empêcherait de conclure à la responsabilité personnelle dans un tel cas, alors qu’il pourrait par ailleurs s’agir d’un redressement « pertinent » et équitable. De plus, exiger qu’il y ait une stricte corrélation entre la perte subie par le plaignant et le bénéfice retiré par l’administrateur conférerait un formalisme juridique incompatible avec l’objet d’une réparation, par ailleurs discrétionnaire et équitable, qui tient compte des réalités commerciales.

[46] À l’instar des critères de contrôle et de mauvaise foi proposés par l’appelant, l’existence d’un bénéfice personnel ne devrait pas être considérée comme un critère nécessaire pour imposer la responsabilité personnelle. Cela dit, un cas typique de responsabilité personnelle comportera souvent un bénéfice personnel. Les tribunaux ont régulièrement cherché à déceler — et devraient continuer de le faire — la présence ou l’absence d’un bénéfice personnel pour déterminer si on peut à bon droit condamner personnellement un administrateur.

(3) The Principles Governing Orders Under Section 241(3) and the Application of the Personal Liability Test Going Forward

[47] To reiterate, *Budd* provides for a two-pronged approach to personal liability. The first prong requires that the oppressive conduct be properly attributable to the director because he or she is implicated in the oppression (see *Budd*, at para. 47). In other words, the director must have exercised — or failed to have exercised — his or her powers so as to effect the oppressive conduct (*Sidaplex*, at p. 567; see also *Budd*, at paras. 41-44, citing *Gottlieb v. Adam* (1994), 21 O.R. (3d) 248 (Gen. Div.), at pp. 260-61).

[48] But this first requirement alone is an inadequate basis for holding a director personally liable. The second prong therefore requires that the imposition of personal liability be fit in all the circumstances. Fitness is necessarily an amorphous concept. But the case law has distilled at least four general principles that should guide courts in fashioning a fit order under s. 241(3). The question of director liability cannot be considered in isolation from these general principles.

[49] First, “the oppression remedy request must in itself be a fair way of dealing with the situation” (*Ballard*, at para. 142). The five situations identified by Koehnen relating to director liability are best understood as providing indicia of fairness. Where directors have derived a personal benefit, in the form of either an immediate financial advantage or increased control of the corporation, a personal order will tend to be a fair one. Similarly, where directors have breached a personal duty they owe as directors or misused a corporate power, it may be fair to impose personal liability. Where a remedy against the corporation would unduly prejudice other security holders,

(3) Les principes régissant les ordonnances rendues en vertu du par. 241(3) et l’application future du test relatif à la responsabilité personnelle

[47] Rappelons que *Budd* établit un test à deux volets pour déterminer s’il y a responsabilité personnelle. Le premier volet exige un abus qu’on peut à juste titre imposer à l’administrateur en raison de son implication dans l’abus : voir *Budd*, par. 47. Autrement dit, le directeur doit avoir exercé — ou omis d’exercer — ses pouvoirs de façon à provoquer l’abus : *Sidaplex*, p. 567; voir aussi *Budd*, par. 42-44, citant *Gottlieb c. Adam* (1994), 21 O.R. (3d) 248 (Div. gén.), p. 260-261.

[48] Cette première exigence à elle seule ne constitue néanmoins pas un fondement suffisant pour conclure à la responsabilité personnelle d’un administrateur. Le second volet exige par conséquent que l’imposition d’une responsabilité personnelle soit « pertinente » compte tenu de toutes les circonstances. La notion de pertinence est intrinsèquement nébuleuse, mais la jurisprudence a dégagé au moins quatre principes généraux qui devraient guider les cours lorsqu’elles sont appelées à façonner une ordonnance « pertinente » en application du par. 241(3). La question de la responsabilité de l’administrateur ne peut être considérée isolément de ces principes généraux.

[49] Premièrement, [TRADUCTION] « la demande de redressement en cas d’abus doit en soi constituer une façon équitable de régler la situation » : *Ballard*, par. 142. Les cinq situations relevées par Koehnen quant à la responsabilité des administrateurs doivent être vues comme des indices de ce que l’équité requière. Lorsque des administrateurs ont retiré un bénéfice personnel, que ce soit sous la forme d’un avantage financier immédiat ou d’un contrôle accru de la société, la condamnation personnelle tend à être équitable. Dans le même ordre d’idée, lorsque les administrateurs ont manqué à une obligation personnelle qui leur incombait à titre d’administrateurs,

this too may militate in favour of personal liability (see Koehnen, at p. 201).

[50] To be clear, this is not a closed list of factors or a set of criteria to be slavishly applied. And as explained above, neither a personal benefit nor bad faith is a necessary condition in the personal liability equation. The appropriateness of an order under s. 241(3) turns on equitable considerations, and in the context of an oppression claim, “[i]t would be impossible, and wholly undesirable, to define the circumstances in which these considerations may arise” (*Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd.*, [1973] A.C. 360 (“*Ebrahimi*”), at p. 379). But personal benefit and bad faith remain hallmarks of conduct properly attracting personal liability, and although the possibility of personal liability in the absence of both of these elements is not foreclosed, one of them will typically be present in cases in which it is fair and fit to hold a director personally liable for oppressive corporate conduct. With respect to these two elements, four potential scenarios can arise:

- (i) The director acted in bad faith and obtained a personal benefit;
- (ii) The director acted in bad faith but did not obtain a personal benefit;
- (iii) The director acted in good faith and obtained a personal benefit; and
- (iv) The director acted in good faith and did not obtain a personal benefit.

[51] In general, the first and fourth scenarios will tend to be clear-cut. If the director has acted in bad faith and obtained a personal benefit, it is likely fit

ou ont abusé d’un pouvoir de la société, il peut être équitable d’imposer une responsabilité personnelle. Quand une condamnation de la société porterait indûment préjudice à d’autres détenteurs de valeurs mobilières, on est en présence d’une situation qui pourrait aussi militer en faveur de l’imposition d’une responsabilité personnelle : voir Koehnen, p. 201.

[50] Par souci de clarté, je précise qu’il ne s’agit pas d’une liste exhaustive de facteurs ou d’une série de critères à suivre servilement. En outre, comme nous l’avons vu, ni un bénéfice personnel ni la mauvaise foi ne sont des conditions nécessaires à l’imposition d’une responsabilité personnelle. Le caractère approprié ou justifié d’une ordonnance rendue en vertu du par. 241(3) dépend de considérations d’équité et, dans le contexte d’une demande de redressement pour abus, [TRADUCTION] « [i]l serait impossible, et totalement inopportun, de définir les circonstances dans lesquelles ces considérations pourraient survenir » : *Ebrahimi c. Westbourne Galleries Ltd.*, [1973] A.C. 360 (« *Ebrahimi* »), p. 379. L’existence d’un bénéfice personnel et la présence de mauvaise foi demeurent toutefois des signes révélateurs d’une conduite susceptible d’engager à juste titre une responsabilité personnelle. En effet, bien qu’il soit possible de conclure à une telle responsabilité en l’absence de ces deux éléments, on retrouve habituellement soit l’un soit l’autre dans les affaires où il est équitable et « pertinent » de tenir un administrateur personnellement responsable d’un abus d’une société. Quatre scénarios peuvent se présenter au regard de ces deux éléments :

- (i) l’administrateur a agi de mauvaise foi et a retiré un bénéfice personnel;
- (ii) l’administrateur a agi de mauvaise foi, mais n’a pas retiré de bénéfice personnel;
- (iii) l’administrateur a agi de bonne foi et a retiré un bénéfice personnel;
- (iv) l’administrateur a agi de bonne foi et n’a pas retiré de bénéfice personnel.

[51] En général, la situation dans les premier et quatrième scénarios est claire. Si l’administrateur a agi de mauvaise foi et a retiré un bénéfice personnel,

to hold the director personally liable for the oppression. On the other hand, where neither element is present, personal liability will generally be less fitting. The less obvious cases will tend to lie in the middle. In all cases, the trial judge must determine whether it is fair to hold the director personally liable, having regard to all the circumstances. Bad faith and personal benefit are but two factors that relate to certain circumstances within a larger factual matrix. They do not operate to the exclusion of other considerations. And they should not overwhelm the analysis.

[52] Further, even where it is appropriate to impose personal liability, this does not necessarily lead to a binary choice between the directors and the corporation. Fairness requires that, where “relief is justified to correct an oppressive type of situation, the surgery should be done with a scalpel, and not a battle axe” (*Ballard*, at para. 140). Where there is a personal benefit but no finding of bad faith, fairness may require an order to be fashioned by considering the amount of the personal benefit. In some cases, fairness may entail allocating responsibility partially to the corporation and partially to directors personally. For example, in *Wood Estate*, a shareholder made a short-term loan to the corporation with the reasonable expectation that it would be repaid from the proceeds of a specific transaction. Those proceeds were instead applied to corporate purposes, as well as to repayment of the loans made to the corporation by the defendant directors and officer and by another shareholder. D. M. Brown J. held the defendant directors and officer liable for the amounts used to repay their own loans and the shareholder loan, and also ordered the corporation to pay an equal amount towards the balance of the loan. As this last example shows, the fairness principle is ultimately unamenable to formulaic exposition and must be assessed on a case-by-case basis having regard to all of the circumstances.

il est probablement « pertinent » de le tenir personnellement responsable de l’abus. Dans le cas inverse, en l’absence de l’un et de l’autre de ces scénarios, il est généralement moins « pertinent » de conclure à une responsabilité personnelle. Les cas les moins évidents se situent généralement entre ces deux extrémités. Dans tous les cas, le juge du procès doit déterminer s’il est équitable d’imposer une responsabilité personnelle à l’administrateur, compte tenu de l’ensemble des circonstances. La mauvaise foi et le bénéfice personnel ne sont que deux facteurs relatifs à certaines circonstances dans un contexte factuel plus large. Ces éléments n’excluent pas d’autres considérations, et ils ne doivent pas les supplanter dans l’analyse.

[52] En outre, même s’il est approprié de conclure à une responsabilité personnelle, une telle conclusion ne mène pas nécessairement à un choix binaire entre les administrateurs et la personne morale. L’équité exige que dans les circonstances où [TRADUCTION] « il est justifié d’accorder une réparation pour corriger une situation d’abus, la chirurgie doit être pratiquée avec un scalpel, et non avec une hache de combat » : *Ballard*, par. 140. Lorsqu’il y a bénéfice personnel, mais aucune mauvaise foi, l’équité peut commander qu’une ordonnance soit formulée en considérant le montant du bénéfice personnel. Dans certaines affaires, l’équité peut nécessiter que l’on attribue partiellement la responsabilité à la société et partiellement aux administrateurs personnellement. Par exemple, dans *Wood Estate*, un actionnaire a consenti un prêt à court terme à la société en s’attendant raisonnablement à être remboursé à même le produit d’une transaction spécifique. Or, ce produit a été affecté à des affaires de la société, ainsi qu’au remboursement des prêts consentis à celle-ci par les administrateurs et dirigeant défendeurs et par un autre actionnaire. Le juge D. M. Brown a tranché que les administrateurs et le dirigeant défendeurs étaient responsables des montants utilisés pour rembourser leurs propres prêts et le prêt de l’actionnaire, et a ordonné à la société de payer un montant équivalent sur le solde du prêt. Comme le démontre ce dernier exemple, le principe de l’équité est en fait réfractaire aux formules et doit être évalué cas par cas en tenant compte de l’ensemble des circonstances.

[53] Second, as explained above, any order made under s. 241(3) should go no further than necessary to rectify the oppression (*Naneff*, at para. 32; *Ballard*, at para. 140; *Themadel Foundation v. Third Canadian General Investment Trust Ltd.* (1998), 38 O.R. (3d) 749 (C.A.) (“*Themadel*”), at p. 754). This follows from s. 241’s remedial purpose insofar as it aims to correct the injustice between the parties.

[54] Third, any order made under s. 241(3) may serve only to vindicate the reasonable expectations of security holders, creditors, directors or officers in their capacity as corporate stakeholders (*Naneff*, at para. 27; *Smith v. Ritchie*, 2009 ABCA 373, at para. 20 (CanLII)). The oppression remedy recognizes that, behind a corporation, there are individuals with “rights, expectations and obligations inter se which are not necessarily submerged in the company structure” (*Ebrahimi*, at p. 379; see also *BCE*, at para. 60). But it protects only those expectations derived from an individual’s status as a security holder, creditor, director or officer. Accordingly, remedial orders under s. 241(3) may respond only to those expectations. They may not vindicate expectations arising merely by virtue of a familial or other personal relationship. And they may not serve a purely tactical purpose. In particular, a complainant should not be permitted to jump the creditors’ queue by seeking relief against a director personally. The scent of tactics may therefore be considered in determining whether or not it is appropriate to impose personal liability on a director under s. 241(3). Overall, the third principle requires that an order under s. 241(3) remain rooted in, informed by, and responsive to the reasonable expectations of the corporate stakeholder.

[55] Fourth — and finally — a court should consider the general corporate law context in exercising its remedial discretion under s. 241(3). As Farley J. put it, statutory oppression “can be a help; it can’t be the total law with everything else ignored or completely secondary” (*Ballard*, at para. 124).

[53] Deuxièmement, comme nous l’avons vu, l’ordonnance rendue en vertu du par. 241(3) ne devrait pas accorder plus que ce qui est nécessaire pour réparer l’abus : *Naneff*, par. 32; *Ballard*, par. 140; *Themadel Foundation c. Third Canadian General Investment Trust Ltd.* (1998), 38 O.R. (3d) 749 (C.A.) (« *Themadel* »), p. 754. Cela découle de l’objectif réparateur de l’art. 241 dans la mesure où il vise à corriger une injustice entre les parties.

[54] Troisièmement, l’ordonnance rendue en vertu du par. 241(3) peut uniquement servir à répondre aux attentes raisonnables des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants en leur qualité de parties intéressées de la société : *Naneff*, par. 27; *Smith c. Ritchie*, 2009 ABCA 373, par. 20 (CanLII). Le redressement pour abus reconnaît le fait que, derrière la société, il y a des individus qui ont [TRADUCTION] « des droits, des attentes et des obligations entre eux qui ne se dissolvent pas nécessairement dans la structure de la société » : *Ebrahimi*, p. 379; voir aussi *BCE*, par. 60. La protection accordée ne vise que ces attentes qui découlent de la qualité de l’individu en tant que détenteur de valeurs mobilières, créancier, administrateur ou dirigeant. Par conséquent, les ordonnances réparatrices visées au par. 241(3) peuvent répondre uniquement à ces attentes. Elles ne peuvent combler des attentes découlant simplement d’une relation familiale ou d’une autre relation personnelle. Elles ne peuvent par ailleurs servir un objectif purement tactique. Plus particulièrement, un plaignant ne devrait pas être autorisé à dépasser la file des créanciers en sollicitant une réparation condamnant un administrateur personnellement. Si la Cour soupçonne que la demande constitue en fait une tactique, elle peut en tenir compte pour décider s’il est ou non approprié d’imposer une responsabilité personnelle à un administrateur en vertu du par. 241(3). En somme, selon le troisième principe, l’ordonnance fondée sur le par. 241(3) doit reposer sur les attentes raisonnables de la partie intéressée de la société et y répondre.

[55] Enfin, quatrièmement, dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de réparation conféré par le par. 241(3), les tribunaux devraient tenir compte du contexte général du droit des sociétés. Pour reprendre les termes du juge Farley, les dispositions sur l’abus prévues dans la loi [TRADUCTION]

This means that director liability cannot be a surrogate for other forms of statutory or common law relief, particularly where such other relief may be more fitting in the circumstances (see, e.g., *Stern v. Imasco Ltd.* (1999), 1 B.L.R. (3d) 198 (Ont. S.C.J.)).

[56] Under s. 241(3), fashioning a fit remedy is a fact-dependent exercise. When it comes to the oppression remedy, Carthy J.A. put the matter succinctly:

The point at which relief is justified and the extent of relief are both so dependent upon the facts of the particular case that little guidance can be obtained from comparing one case to another and I would be hesitant to enunciate any more specific principles of approach than have been set out above.

(*Themadel*, at p. 754)

[57] The four principles articulated above therefore serve as guideposts informing the flexible and discretionary approach the courts have adopted to orders under s. 241(3) of the *CBCA*. Having surveyed these principles, I turn now to their application in the instant case.

(4) Application of the Principles Governing Orders Under Section 241(3) and Director Liability in This Case

[58] The trial judge's decision to hold the appellant personally liable for the oppression does not reflect any errors warranting appellate intervention.

[59] As stated above, s. 241 vests the trial court with broad discretion. Appellate courts should therefore adopt a deferential stance when reviewing judgments rendered on oppression applications. Three

« peuvent être utiles; elles n'énoncent pas tout le droit en la matière, et on ne peut faire abstraction de tous les autres facteurs ou les considérer comme secondaires » : *Ballard*, par. 124. Ainsi, la condamnation d'un administrateur ne peut constituer un substitut pour d'autres formes de réparations prévues par la loi ou la common law, particulièrement lorsque ces autres réparations peuvent être plus « pertinentes » eu égard aux circonstances : voir, p. ex., *Stern c. Imasco Ltd.* (1999), 1 B.L.R. (3d) 198 (C.S.J. Ont.).

[56] Sous le régime du par. 241(3), l'élaboration d'une réparation « pertinente » est tributaire des faits. Le juge Carthy a expliqué succinctement le redressement pour abus de la façon suivante :

[TRADUCTION] Les circonstances qui justifient la réparation et l'étendue de la réparation sont deux éléments tellement tributaires des faits de l'affaire examinée qu'on ne peut obtenir que peu de pistes de solution en comparant différentes affaires. J'hésiterais donc à formuler des principes plus précis que ceux qui ont été énoncés précédemment.

(*Themadel*, p. 754)

[57] Les quatre principes expliqués précédemment doivent par conséquent servir de balises pour encadrer l'approche souple et discrétionnaire retenue par les cours au regard des ordonnances visées au par. 241(3) de la *LCSA*. L'examen de ces principes étant terminé, je traite maintenant de leur application à l'affaire qui nous occupe.

(4) Application des principes régissant les ordonnances rendues en vertu du par. 241(3) et responsabilité de l'administrateur dans la présente affaire

[58] La décision du juge du procès de tenir l'appelant personnellement responsable de l'abus ne comporte aucune erreur justifiant une intervention en appel.

[59] Tel qu'il est exposé précédemment, l'art. 241 confère à la cour de première instance un large pouvoir discrétionnaire. Les cours d'appel devraient par conséquent faire preuve de retenue lorsqu'elles

principles govern the applicable standard of review. First, absent palpable and overriding error, an appellate court must defer to the trial court's findings of fact (see also *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paras. 36 and 90). Second, an appellate court may intervene and substitute its own decision for the trial court's if the judgment is based on "errors of law . . . erroneous principles or irrelevant considerations" (*Trackcom Systems International Inc. v. Trackcom Systems Inc.*, 2014 QCCA 1136, at para. 36 (CanLII)). Third, even if it was not so based, an appellate court may intervene if the trial judgment is manifestly unjust (*ibid.*).

[60] The first prong of the test for personal liability requires that the oppressive conduct be properly attributable to the director because he or she is implicated in the oppression. In this case, the trial judge found that, although each of the four named defendant directors had been involved in the oppressive conduct, it was the appellant and Dr. Black — the only members of the audit committee — who had played "the lead roles" in Board discussions resulting in the non-conversion of the respondent's A and B Shares (para. 167). In making that finding, the trial judge held that Mr. Wilson and Dr. Black were implicated in the oppressive conduct. It was therefore open to the trial judge to determine that the oppression was properly attributable to these two defendants.

[61] As explained above, attribution alone is insufficient to ground a director's personal liability. It follows that merely adopting a "lead role" at Board meetings, without something more, can never suffice to ground a director's personal liability. Here, however, that "something more" consisted of the factors properly considered at the second prong of the personal liability inquiry.

révisent des jugements rendus sur des demandes de redressement pour abus. Trois principes régissent la norme de contrôle applicable. Premièrement, en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, la cour d'appel doit s'en remettre aux conclusions de fait de la cour de première instance : voir également *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, par. 36 et 90. Deuxièmement, une cour d'appel peut intervenir et remplacer la décision de la cour de première instance par sa propre décision si le jugement repose sur [TRADUCTION] « des erreurs de droit [. . .] des principes erronés ou des considérations non pertinentes » : *Trackcom Systems International Inc. c. Trackcom Systems Inc.*, 2014 QCCA 1136, par. 36 (CanLII). Troisièmement, même si la décision n'était pas fondée sur de telles assises, une cour d'appel peut intervenir si le jugement rendu en première instance est manifestement injuste : *ibid.*

[60] Selon le premier volet du test applicable en matière de responsabilité personnelle, la conduite abusive doit être véritablement attribuable à l'administrateur en raison de son implication dans l'abus. En l'espèce, le juge du procès a conclu que même si les quatre administrateurs défendeurs étaient associés à l'abus, c'était toutefois l'appellant et le Dr Black — les seuls membres du comité de vérification — qui avaient joué un [TRADUCTION] « rôle prépondérant » dans les discussions du conseil d'administration ayant mené à la non-conversion des actions A et B de l'intimé : par. 167. En concluant ainsi, le juge du procès a jugé que M. Wilson et le Dr Black étaient impliqués dans la conduite abusive. Il était donc loisible au juge du procès de décider que l'abus était véritablement attribuable à ces deux défendeurs.

[61] Rappelons que le seul fait que l'abus soit attribuable à l'administrateur est insuffisant pour fonder sa responsabilité personnelle. Il en découle que le simple fait de jouer un « rôle prépondérant » aux réunions du conseil d'administration, sans plus, ne peut jamais suffire à justifier la responsabilité personnelle d'un administrateur. En l'espèce, toutefois, le « quelque chose de plus » requis était les facteurs examinés à bon droit dans le cadre du second volet du test applicable en matière de responsabilité personnelle.

[62] The second prong requires that the imposition of personal liability be fit in all the circumstances. In this case, the trial judge found that, in addition to the “lead role” he had played, Mr. Wilson had accrued a personal benefit as a result of the oppressive conduct:

. . . although all of the Defendants benefitted from the changes to the stock option plan, it is the Defendants Black and Wilson who participated in the Private Placement and benefitted from the dilution of [the respondent’s] A and B Shares. Wilson also benefitted from the conversion of his C Shares into the full number of common shares notwithstanding issues as to whether the test had been met. In the circumstances, I consider that it is “fit” to order the Defendants Black and Wilson personally to pay the damages to [the respondent]. [para. 167]

[63] Notably, the Board accelerated the conversion of the appellant’s C Shares into common shares (but not the C Shares held by others) to allow him to participate in the Private Placement, despite issues as to whether the test for conversion had been met. This benefitted him by increasing his control over the Corporation, to the detriment of the respondent, whose own stake in the company was diluted due to his inability to participate in the Private Placement — a consequence of the oppressive conduct.

[64] Nothing about this line of reasoning reflects an incorrect invocation of principle or improper consideration on the part of the trial judge. The trial judge was entitled to consider that the appellant played a “lead role” in advocating for the oppressive conduct and that he ultimately increased his control over the Corporation as a result.

[65] Additionally, the remedy went no further than necessary to rectify the respondent’s loss. After adjusting for exchange rates, the trial judge found that the value of the common shares had been Can\$0.53 per share prior to the Private Placement. He also found that, but for the oppressive conduct, the respondent’s A and B Shares would have been converted into 1,223,227 common shares. This put the

[62] Le second volet exige que l’imposition d’une responsabilité personnelle soit « pertinente » compte tenu de toutes les circonstances. En l’espèce, le juge du procès a conclu que, outre le « rôle prépondérant » de M. Wilson, l’abus lui avait procuré un avantage personnel :

[TRADUCTION] . . . bien que tous les défendeurs aient bénéficié des changements apportés au régime d’option d’achat d’actions, ce sont les défendeurs Black et Wilson qui ont participé au Placement privé et bénéficié de la dilution des actions A et B [de l’intimé]. M. Wilson a aussi bénéficié de la conversion de ses actions C en un nombre maximal d’actions ordinaires malgré des doutes quant au respect du test relatif à la conversion. Compte tenu des circonstances, j’estime qu’il est « pertinent » de condamner personnellement les défendeurs Black et Wilson à payer des dommages-intérêts à [l’intimé]. [par. 167]

[63] Il convient de souligner que le conseil d’administration a accéléré la conversion des actions C de l’appelant en actions ordinaires (mais pas des actions C détenues par d’autres) pour lui permettre de participer au Placement privé, et ce, malgré l’existence de doutes quant au respect du test relatif à la conversion. Ces agissements lui ont profité en augmentant son contrôle sur la société, au détriment de l’intimé, dont les propres intérêts dans l’entreprise ont été dilués en raison de son incapacité à participer au Placement privé — une conséquence des agissements abusifs.

[64] Rien dans ce raisonnement ne révèle de considérations ou de principes erronés auxquels le juge du procès aurait fait appel. Celui-ci était en droit de considérer que l’appelant a joué un « rôle prépondérant » en favorisant la commission de l’abus et que cela lui avait en définitive permis d’accroître son contrôle sur la société.

[65] De plus, la réparation n’a pas accordé plus que ce qui était nécessaire pour remédier à la perte de l’intimé. Après avoir procédé à un ajustement pour tenir compte des taux de change, le juge du procès a conclu que la valeur des actions ordinaires était de 53 cents canadiens par action avant le Placement privé. Il a aussi conclu que n’eût été l’abus, les actions A et B de l’intimé auraient été converties



respondent's loss at \$648,310 — the extent of the appellant's and Dr. Black's personal liability.

[66] Finally, the remedy was appropriately fashioned to vindicate the respondent's reasonable expectations as a Series A and B shareholder. The respondent reasonably expected that his A and B Shares would be converted if the Corporation met the applicable financial tests laid out in the Corporation's articles and that the Board would consider his rights as a Series A and B shareholder in any transaction impacting the A and B Shares. The appellant concedes that the Board's failure to meet these expectations amounted to oppression. Given the absence of any palpable and overriding errors in the trial judge's calculation, the amount of \$648,310 represents the value that would have accrued to the respondent had his reasonable expectations been respected.

[67] Accordingly, the trial judge's order against the appellant represents a fair way of rectifying the oppression that goes no further than necessary to vindicate the respondent's reasonable expectations. In my view, it should be permitted to stand.

*B. Were the Pleadings Sufficient to Ground the Imposition of Personal Liability in This Case?*

[68] The appellant further submits that the respondent's pleadings were inadequate to ground the imposition of personal liability, consequently depriving the appellant of his basic right to know the case against him. This argument may be addressed summarily.

[69] First, the respondent's pleadings named four individual directors, including the appellant, as defendants. As the Court of Appeal recognized, the respondent specifically alleged that these four defendants "acted in their own personal interest" and "to the detriment of Wi2Wi and its shareholder in focusing mainly on their personal financial gains" (paras. 51-52). In turn, the defendants specifically

en 1 223 227 actions ordinaires. Ainsi, l'intimé a subi une perte de 648 310 \$, qui constitue l'étendue de la responsabilité personnelle de l'appelant et du Dr Black.

[66] Enfin, la réparation a été adéquatement élaborée eu égard aux attentes raisonnables de l'intimé en tant que détenteur d'actions de série A et B. L'intimé s'attendait raisonnablement à ce que ses actions A et B soient converties si la société satisfaisait aux tests financiers applicables établis dans les statuts de la société, et à ce que le conseil d'administration tienne compte de ses droits en tant que détenteur d'actions A et B lors de toute opération ayant une incidence sur elles. L'appelant concède que l'omission du conseil d'administration de répondre à ces attentes raisonnables constitue un abus. Étant donné l'absence d'erreur manifeste et déterminante dans le calcul du juge du procès, le montant de 648 310 \$ représente ce dont l'intimé aurait bénéficié si ses attentes raisonnables avaient été respectées.

[67] Par conséquent, l'ordonnance du juge du procès condamnant l'appelant constitue une réparation équitable de l'abus qui ne va pas plus loin que nécessaire pour répondre aux attentes raisonnables de l'intimé. À mon avis, il convient de la maintenir.

*B. En l'espèce, les actes de procédure étaient-ils suffisants pour justifier l'imposition d'une responsabilité personnelle?*

[68] L'appelant soutient également que les actes de procédure de l'intimé étaient insuffisants pour fonder de lui imposer une responsabilité personnelle, le privant par conséquent de son droit fondamental de savoir ce qu'on lui reproche. Il peut être disposé de cet argument de façon sommaire.

[69] En premier lieu, les actes de procédure de l'intimé désignaient nommément quatre administrateurs, dont l'appelant, à titre de défendeurs. Comme l'a reconnu la Cour d'appel, l'intimé a expressément allégué que ces quatre défendeurs [TRADUCTION] « ont agi dans leur intérêt personnel » et « au détriment de Wi2Wi et de son actionnaire en recherchant principalement des gains financiers personnels » : par. 51 et

denied these allegations in their Defence dated January 25, 2011, pleading that “[t]he business decisions at issue were i) made by the Defendants in good faith, ii) not motivated by self-interest, iii) based on informed judgment and on the honest belief that each action was taken in the best interest of Wi2Wi” (A.R., vol. II, at p. 34). I agree with the Court of Appeal that “[i]n such conditions, it may be difficult to argue that the matter of the appellants’ personal interest (or the advantage they derived) came as a surprise to them” (para. 52).

[70] Second, in his initial Motion to Institute Proceedings, the respondent specifically sought damages against the four named defendants — not the Corporation — under s. 241(3)(j) of the *CBCA*. Coupled with the fact that the pleadings made specific allegations against the defendant directors, this alone sufficed to put the appellant on notice that his own personal liability was engaged.

[71] Third, the main authorities invoked by the appellant on this point, namely *Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74 (C.A.) (“*Rodaro*”), and *Budd*, are distinguishable. In *Rodaro*, the trial judge relied on a theory of liability that had been neither pleaded nor argued by either party over the course of a 92-day trial (paras. 59-63). In *Budd*, the complainant’s claim targeted more than forty defendants, including thirty directors, nine officers and five portfolio companies, an accounting firm and Gentra. As a result, Doherty J.A. found that the claims against the individual directors amounted to an abuse of process:

I am left with the uneasy impression that the claim against the directors and officers personally is included in the appellant’s statement of claim for purposes other than to ultimately establish their personal liability. If this impression is correct, those claims are properly characterized as an abuse of process. [para. 50]

52. Les défendeurs ont quant à eux expressément nié ces allégations dans leur défense datée du 25 janvier 2011, faisant valoir que [TRADUCTION] « [I]es décisions d’affaires en cause i) avaient été prises de bonne foi par les défendeurs, ii) n’étaient pas motivées par leur intérêt personnel et iii) reposaient sur un jugement éclairé et la croyance honnête que chaque acte était posé dans l’intérêt supérieur de Wi2Wi » : d.a., vol. II, p. 34. Je souscris à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle « [o]n peut difficilement soutenir, dans ces conditions, que la question de l’intérêt personnel des appelants (ou de l’avantage retiré par eux) était de nature à les surprendre » : par. 52.

[70] En deuxième lieu, dans sa requête introductive d’instance initiale, l’intimé a expressément demandé la condamnation des quatre défendeurs nommément désignés — et non de la société — à des dommages-intérêts en vertu de l’al. 241(3)j) de la *LCSA*. Si l’on tient compte du fait que certaines allégations contenues dans les actes de procédure visaient expressément les administrateurs défendeurs, ces deux considérations suffisaient à notifier l’appelant du fait que sa propre responsabilité était susceptible d’être engagée.

[71] Enfin, les principales décisions invoquées par l’appelant sur cette question, soit *Rodaro c. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74 (C.A.) (« *Rodaro* »), et *Budd*, doivent être distinguées. Dans le premier cas, le juge du procès s’est fondé sur une théorie concernant la responsabilité qu’aucune des parties n’a présentée ou invoquée au cours du procès de 92 jours : par. 59-63. Dans *Budd*, la demande du plaignant visait plus de quarante défendeurs, dont trente administrateurs, neuf dirigeants et cinq sociétés de portefeuille, un cabinet d’experts comptables et la société Gentra. Le juge Doherty de la Cour d’appel a donc conclu que les demandes visant les administrateurs à titre personnel équivalaient à un abus de procédure :

[TRADUCTION] J’ai l’impression inconfortable que les demandes visant personnellement les administrateurs et dirigeants figurent dans la déclaration pour des raisons autres que l’établissement ultime de leur responsabilité personnelle. Si cette impression est exacte, ces demandes sont à bon droit qualifiées d’abus de procédure. [par. 50]

[72] The pleadings here, albeit sparse, specifically alleged that all four defendants had acted in their personal interest to the detriment of the plaintiff. This is worlds apart from both *Rodaro* and *Budd*.

[73] Finally, a right of appeal is not a backstop for procedural choices made prior to trial. In this case, the more appropriate response to the respondent's bare pleadings lay in a motion for particulars or discovery prior to trial, not in a plea before the appellate courts.

#### VI. Conclusion

[74] For these reasons, I would dismiss the appeal, with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.*

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

[72] Les actes de procédure produits en l'espèce, même s'ils étaient peu étoffés, mentionnaient expressément que chacun des quatre défendeurs avait agi dans son intérêt personnel, au détriment de celui du demandeur. La situation en l'espèce est donc complètement différente, tant de celle dans *Rodaro* que de celle dans *Budd*.

[73] Enfin, un droit d'appel n'est pas un filet de sécurité pour les choix procéduraux faits avant le procès. Dans la présente affaire, la réponse la plus appropriée aux actes de procédure minimaux produits par l'intimé aurait été une requête pour précisions ou un interrogatoire au préalable, et non un plaidoyer devant les cours d'appel.

#### VI. Conclusion

[74] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appellant : Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Irving Mitchell Kalichman, Montréal.*

**Hamlet of Clyde River,  
Nammautaq Hunters & Trappers  
Organization — Clyde River and  
Jerry Natanine** *Appellants*

v.

**Petroleum Geo-Services Inc. (PGS),  
Multi Klient Invest As (MKI),  
TGS-NOPEC Geophysical Company ASA  
(TGS) and Attorney General of  
Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Nunavut Tunngavik Incorporated,  
Makivik Corporation,  
Nunavut Wildlife Management Board,  
Inuvialuit Regional Corporation and  
Chiefs of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: CLYDE RIVER (HAMLET) v.  
PETROLEUM GEO-SERVICES INC.**

**2017 SCC 40**

File No.: 36692.

2016: November 30; 2017: July 26.\*

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

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

*Constitutional law — Inuit — Treaty rights — Crown  
— Duty to consult — Decision by federal independent  
regulatory agency which could impact upon treaty rights  
— Offshore seismic testing for oil and gas resources po-  
tentially affecting Inuit treaty rights — National Energy  
Board authorizing project — Whether Board’s approval  
process triggered Crown’s duty to consult — Whether*

\* This judgment was amended on October 30, 2017, by adding the footnotes that now appear at paras. 31 and 47 of the English and French versions of the reasons.

**Hameau de Clyde River,  
Nammautaq Hunters & Trappers  
Organization — Clyde River et  
Jerry Natanine** *Appellants*

c.

**Petroleum Geo-Services Inc. (PGS),  
Multi Klient Invest As (MKI),  
TGS-NOPEC Geophysical Company ASA  
(TGS) et procureure générale du  
Canada** *Intimées*

et

**Procureur général de l’Ontario,  
procureur général de la Saskatchewan,  
Nunavut Tunngavik Incorporated,  
Makivik Corporation,  
Conseil de gestion des ressources fauniques  
du Nunavut, Inuvialuit Regional Corporation  
et Chiefs of Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CLYDE RIVER (HAMEAU) c.  
PETROLEUM GEO-SERVICES INC.**

**2017 CSC 40**

N° du greffe : 36692.

2016 : 30 novembre; 2017 : 26 juillet\*.

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

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

*Droit constitutionnel — Inuits — Droits issus de  
traités — Couronne — Obligation de consultation —  
Décision d’un organisme de réglementation fédéral indé-  
pendant qui pourrait avoir une incidence sur des droits  
issus de traités — Essais sismiques extracôtiers liés aux  
ressources pétrolières et gazières et susceptibles d’avoir  
une incidence sur des droits issus de traités des Inuits —*

\* Ce jugement a été modifié le 30 octobre 2017, par adjonction des notes en bas de page qui figurent maintenant aux par. 31 et 47 des versions anglaise et française des motifs.

*Crown can rely on Board's process to fulfill its duty — Role of Board in considering Crown consultation before approval of project — Whether consultation was adequate in this case — Canada Oil and Gas Operations Act, R.S.C. 1985, c. O-7, s. 5(1)(b).*

The National Energy Board (NEB), a federal administrative tribunal and regulatory agency, is the final decision maker for issuing authorizations for activities such as exploration and drilling for the production of oil and gas in certain designated areas. The proponents applied to the NEB to conduct offshore seismic testing for oil and gas in Nunavut. The proposed testing could negatively affect the treaty rights of the Inuit of Clyde River, who opposed the seismic testing, alleging that the duty to consult had not been fulfilled in relation to it. The NEB granted the requested authorization. It concluded that the proponents made sufficient efforts to consult with Aboriginal groups and that Aboriginal groups had an adequate opportunity to participate in the NEB's process. The NEB also concluded that the testing was unlikely to cause significant adverse environmental effects. Clyde River applied for judicial review of the NEB's decision. The Federal Court of Appeal found that while the duty to consult had been triggered, the Crown was entitled to rely on the NEB to undertake such consultation, and the Crown's duty to consult had been satisfied in this case by the NEB's process.

*Held:* The appeal should be allowed and the NEB's authorization quashed.

The NEB's approval process, in this case, triggered the duty to consult. Crown conduct which would trigger the duty to consult is not restricted to the exercise by or on behalf of the Crown of statutory powers or of the royal prerogative, nor is it limited to decisions that have an immediate impact on lands and resources. The NEB is not, strictly speaking, "the Crown" or an agent of the Crown. However, it acts on behalf of the Crown when making a final decision on a project application. In this context, the NEB is the vehicle through which the Crown acts. It therefore does not matter whether the final decision maker is Cabinet or the NEB. In either case, the decision constitutes Crown action that may trigger the duty to consult.

*Projet autorisé par l'Office national de l'énergie — Le processus d'approbation de l'Office a-t-il donné naissance à l'obligation de consulter de la Couronne? — La Couronne peut-elle s'en remettre au processus de l'Office pour satisfaire à son obligation? — Rôle de l'Office dans l'appréciation de la consultation incombant à la Couronne avant l'approbation d'un projet — La consultation a-t-elle été adéquate en l'espèce? — Loi sur les opérations pétrolières au Canada, L.R.C. 1985, c. O-7, art. 5(1)b).*

L'Office national de l'énergie (ONÉ), tribunal administratif fédéral et organisme de réglementation, prend en dernier ressort la décision d'autoriser ou non des activités telles la recherche et l'exploitation des ressources pétrolières et gazières dans certains endroits désignés. Les promoteurs ont demandé à l'ONÉ l'autorisation de mener des essais sismiques extracôtiers liés aux ressources pétrolières et gazières au Nunavut. Les essais proposés pourraient avoir des incidences négatives sur les droits issus de traités des Inuits de Clyde River, qui se sont opposés aux essais sismiques, affirmant qu'il n'avait pas été satisfait à l'obligation de consultation en ce qui a trait à ces essais. L'ONÉ a accordé l'autorisation demandée. Il a conclu que les promoteurs avaient déployé suffisamment d'efforts pour consulter les groupes autochtones et que ces groupes avaient eu une possibilité adéquate de participer au processus d'évaluation environnementale de l'ONÉ. L'ONÉ a également conclu que les essais n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs et importants. Clyde River a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'ONÉ. La Cour d'appel fédérale a jugé que l'obligation de consulter avait pris naissance, mais que la Couronne pouvait s'en remettre à l'ONÉ pour que celui-ci procède à la consultation, et que le processus de l'ONÉ avait permis de satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne en l'espèce.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et l'autorisation de l'ONÉ est annulée.

Dans la présente affaire, le processus d'approbation de l'ONÉ a donné naissance à l'obligation de consulter. Les mesures de la Couronne susceptibles de donner naissance à l'obligation de consulter ne se limitent pas à l'exercice, par la Couronne ou en son nom, de la prérogative royale ou de pouvoirs conférés par la loi, et ne se limitent pas non plus aux décisions qui ont une incidence immédiate sur les terres et les ressources. L'ONÉ n'est pas, à proprement parler, « la Couronne » ou un mandataire de la Couronne. Cependant, il agit pour le compte de la Couronne lorsqu'il prend une décision définitive à l'égard d'une demande de projet. Dans ce contexte, l'ONÉ est le moyen par lequel la Couronne agit. Par conséquent, il importe

The substance of the duty does not change when a regulatory agency holds final decision-making authority.

It is open to legislatures to empower regulatory bodies to play a role in fulfilling the Crown's duty to consult. While the Crown always holds ultimate responsibility for ensuring consultation is adequate, it may rely on steps undertaken by a regulatory agency to fulfill its duty to consult. Where the regulatory process being relied upon does not achieve adequate consultation or accommodation, the Crown must take further measures. Also, where the Crown relies on the processes of a regulatory body to fulfill its duty in whole or in part, it should be made clear to affected Indigenous groups that the Crown is so relying. The NEB has the procedural powers necessary to implement consultation, and the remedial powers to, where necessary, accommodate affected Aboriginal claims, or Aboriginal and treaty rights. Its process can therefore be relied on by the Crown to completely or partially fulfill the Crown's duty to consult.

The NEB has broad powers to hear and determine all relevant matters of fact and law, and its decisions must conform to s. 35(1) the *Constitution Act, 1982*. It follows that the NEB can determine whether the Crown's duty has been fulfilled. The public interest and the duty to consult do not operate in conflict here. The duty to consult, being a constitutional imperative, gives rise to a special public interest that supersedes other concerns typically considered by tribunals tasked with assessing the public interest. A project authorization that breaches the constitutionally protected rights of Indigenous peoples cannot serve the public interest. When affected Indigenous groups have squarely raised concerns about Crown consultation with the NEB, the NEB must usually address those concerns in reasons. The degree of consideration that is appropriate will depend on the circumstances of each case. Above all, any decision affecting Aboriginal or treaty rights made on the basis of inadequate consultation will not be in compliance with the duty to consult. Where the Crown's duty to consult remains unfulfilled, the NEB must withhold project

peu que le décideur ultime soit le Cabinet ou l'ONÉ. Dans les deux cas, la décision constitue une mesure de la Couronne qui peut donner naissance à l'obligation de consulter. La substance de cette obligation ne change pas lorsqu'un organisme de réglementation détient le pouvoir de prendre la décision définitive.

Il est loisible aux législateurs d'habiliter des organismes de réglementation à contribuer à la réalisation de l'obligation de consulter de la Couronne. Bien que ce soit toujours à la Couronne qu'incombe la responsabilité ultime de veiller au caractère adéquat de la consultation, elle peut s'en remettre aux mesures prises par un organisme de réglementation pour satisfaire à son obligation de consulter. Lorsque le processus réglementaire auquel s'en remet la Couronne ne lui permet pas de satisfaire adéquatement à son obligation de consulter ou d'accommoder, elle doit prendre des mesures supplémentaires pour ce faire. De plus, lorsque la Couronne s'en remet aux processus d'un organisme de réglementation pour satisfaire en tout ou en partie à son obligation, il doit être clairement indiqué aux groupes autochtones touchés que la Couronne s'en remet à un tel processus. L'ONÉ dispose des pouvoirs procéduraux nécessaires pour mener des consultations, ainsi que des pouvoirs de réparation lui permettant de prendre, au besoin, des mesures d'accommodement à l'égard des revendications autochtones ou des droits ancestraux ou issus de traités touchés. La Couronne peut donc s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire, en tout ou en partie, à l'obligation de consulter qui lui incombe.

L'ONÉ dispose de vastes pouvoirs l'autorisant à entendre et à trancher toute question pertinente de droit et de fait, et ses décisions doivent respecter le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, l'ONÉ peut décider s'il a été satisfait à l'obligation de consulter de la Couronne. L'intérêt public et l'obligation de consulter ne sont pas incompatibles en l'espèce. En tant qu'imperatif constitutionnel, l'obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial, qui l'emporte sur les autres préoccupations dont tiennent habituellement compte les tribunaux administratifs appelés à évaluer l'intérêt public. Lorsque l'autorisation accordée à l'égard d'un projet viole les droits constitutionnels des peuples autochtones, cette autorisation ne saurait servir l'intérêt public. Lorsque les groupes autochtones touchés soulèvent directement auprès de l'ONÉ des préoccupations concernant la consultation qui a été menée par la Couronne, l'ONÉ doit habituellement traiter de ces préoccupations dans des motifs. L'étendue de l'analyse qui conviendra variera selon les circonstances propres à chaque cas. Par-dessus tout, toute décision touchant des droits ancestraux ou issus

approval. Where the NEB fails to do so, its approval decision should be quashed on judicial review.

While the Crown may rely on the NEB's process to fulfill its duty to consult, the consultation and accommodation efforts in this case were inadequate and fell short in several respects. First, the inquiry was misdirected. The consultative inquiry is not properly into environmental effects *per se*. Rather, it inquires into the impact on the right itself. No consideration was given in the NEB's environmental assessment to the source of the Inuit's treaty rights, nor to the impact of the proposed testing on those rights. Second, although the Crown relies on the processes of the NEB as fulfilling its duty to consult, that was not made clear to the Inuit. Finally, and most importantly, the process provided by the NEB did not fulfill the Crown's duty to conduct the deep consultation that was required here. Limited opportunities for participation and consultation were made available. There were no oral hearings and there was no participant funding. While these procedural safeguards are not always necessary, their absence in this case significantly impaired the quality of consultation. As well, the proponents eventually responded to questions raised during the environmental assessment process in the form of a practically inaccessible document months after the questions were asked. There was no mutual understanding on the core issues — the potential impact on treaty rights, and possible accommodations. As well, the changes made to the project as a result of consultation were insignificant concessions in light of the potential impairment of the Inuit's treaty rights. Therefore, the Crown breached its duty to consult in respect of the proposed testing.

### Cases Cited

**Applied:** *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; **distinguished:** *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; **referred to:** *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; R.

de traités prise sur la base d'une consultation inadéquate ne respectera pas l'obligation de consulter. Lorsque la Couronne n'a pas satisfait à son obligation de consulter, l'ONÉ doit refuser d'approuver le projet. S'il l'approuve, sa décision devrait être annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire.

Bien que la Couronne puisse s'en remettre au processus mené par l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter, les efforts de consultation et d'accommodement déployés dans le présent cas ont été inadéquats et lacunaires à plusieurs égards. Premièrement, la consultation était mal orientée. Le processus consultatif ne vise pas vraiment les effets environnementaux en tant que tels, mais plutôt les effets sur le droit lui-même. Dans son évaluation environnementale, l'ONÉ n'a pas pris en considération la source des droits issus de traités des Inuits, ni l'incidence des essais proposés sur ces droits. Deuxièmement, il n'a pas été indiqué clairement aux Inuits que la Couronne s'en remettait aux processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. Enfin, élément le plus important, le processus de l'ONÉ n'a pas permis de satisfaire à l'obligation de la Couronne de mener la consultation approfondie qui était requise dans la présente affaire. Très peu de possibilités de participation et de consultation ont été offertes. Il n'y a pas eu d'audiences en l'espèce ni d'aide financière à l'intention des participants. Bien que ces garanties procédurales ne soient pas toujours nécessaires, leur absence dans la présente instance a réduit de façon importante la qualité de la consultation. De plus, les promoteurs ont finalement répondu aux questions soulevées durant le processus d'évaluation environnementale, mais au moyen d'un document pratiquement inaccessible, et ce, des mois après que les questions aient été posées. Il n'existait aucune compréhension mutuelle sur les points fondamentaux — à savoir les effets potentiels sur les droits issus de traités et les possibles accommodements. En outre, les changements apportés au projet par suite de la consultation ne représentaient que des concessions négligeables au regard de l'atteinte potentielle aux droits issus de traités des Inuits. En conséquence, la Couronne a manqué à son obligation de consulter en ce qui concerne les essais proposés.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; **distinction d'avec l'arrêt :** *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; **arrêts mentionnés :** *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des*

*v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Ross River Dena Council v. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96; *McAteer v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1; *Town Investments Ltd. v. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Qikiqtani Inuit Assn. v. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C. 1985, c. O-7, ss. 2.1, 3, 5(1)(a), 5(1)(b), 5(4), 5(5), 5.002 [ad. 2015, c. 4, s. 7], 5.2(2), 5.31, 5.32, 5.331 [*idem*, s. 13], 5.36.

*Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37.

*Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52.

*Constitution Act, 1982*, s. 35.

*National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 12(2), 16.3, 24.

*National Energy Board Act*, S.C. 1959, c. 46.

### Treaties and Agreements

*Nunavut Land Claims Agreement* (1993).

### Authors Cited

Freedman, Robert, and Sarah Hansen. "Aboriginal Rights vs. The Public Interest" prepared for Pacific Business & Law Institute Conference, Vancouver, B.C. (February 26-27, 2009) (online: [http://www.millerthomson.com/assets/files/article\\_attachments/Aboriginal\\_Rights\\_vs\\_The\\_Public\\_Interest.pdf](http://www.millerthomson.com/assets/files/article_attachments/Aboriginal_Rights_vs_The_Public_Interest.pdf); archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40_1_eng.pdf)).

Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

*Forêts*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Ross River Dena Council c. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Première Nation des Chippewas de la Thames c. Pipelines Enbridge Inc.*, 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96; *McAteer c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1; *Town Investments Ltd. c. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Qikiqtani Inuit Assn. c. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263.

### Lois et règlements cités

*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37.

*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, c. 19, art. 52.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.

*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 12(2), 16.3, 24.

*Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.C. 1959, c. 46.

*Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. 1985, c. O-7, art. 2.1, 3, 5(1)a), 5(1)b), 5(4), 5(5), 5.002 [aj. 2015, c. 4, art. 7], 5.2(2), 5.31, 5.32, 5.331 [*idem*, art. 13], 5.36.

### Traités et ententes

*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut* (1993).

### Doctrine et autres documents cités

Freedman, Robert, and Sarah Hansen. « Aboriginal Rights vs. The Public Interest » prepared for Pacific Business & Law Institute Conference, Vancouver, B.C. (February 26-27, 2009) (en ligne : [http://www.millerthomson.com/assets/files/article\\_attachments/Aboriginal\\_Rights\\_vs\\_The\\_Public\\_Interest.pdf](http://www.millerthomson.com/assets/files/article_attachments/Aboriginal_Rights_vs_The_Public_Interest.pdf); version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC40_1_eng.pdf)).

Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.



Isaac, Thomas, and Anthony Knox. “The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2009.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Dawson and Boivin J.J.A.), 2015 FCA 179, [2016] 3 F.C.R. 167, 474 N.R. 96, 94 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] F.C.J. No. 991 (QL), 2015 CarswellNat 3750 (WL Can.), affirming a decision of the National Energy Board, No. 5554587, June 26, 2014. Appeal allowed.

*Nader R. Hasan, Justin Safayeni and Pam Hrick*, for the appellants.

*Sandy Carpenter and Ian Breneman*, for the respondents Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) and TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS).

*Mark R. Kindrachuk, Q.C., and Peter Southey*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Manizeh Fancy and Richard Ogden*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Richard James Fyfe*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*Dominique Nouvet, Marie Belleau and Sonya Morgan*, for the intervener Nunavut Tunngavik Incorporated.

Written submissions only by *David Schulze and Nicholas Dodd*, for the intervener the Makivik Corporation.

*Marie-France Major and Thomas Slade*, for the intervener the Nunavut Wildlife Management Board.

*Kate Darling, Lorraine Land, Matt McPherson and Krista Nerland*, for the intervener the Inuvialuit Regional Corporation.

Isaac, Thomas, and Anthony Knox. « The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49.

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples*, Saskatoon, Purich Publishing, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Nadon, Dawson et Boivin), 2015 CAF 179, [2016] 3 R.C.F. 167, 474 N.R. 96, 94 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] A.C.F. n° 991 (QL), 2015 CarswellNat 12196 (WL Can.), qui a confirmé une décision de l’Office national de l’énergie, n° 5554587, datée du 26 juin 2014. Pourvoi accueilli.

*Nader R. Hasan, Justin Safayeni et Pam Hrick*, pour les appelants.

*Sandy Carpenter et Ian Breneman*, pour les intimées Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) et TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS).

*Mark R. Kindrachuk, c.r., et Peter Southey*, pour l’intimée la procureure générale du Canada.

*Manizeh Fancy et Richard Ogden*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Richard James Fyfe*, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Dominique Nouvet, Marie Belleau et Sonya Morgan*, pour l’intervenante Nunavut Tunngavik Incorporated.

Argumentation écrite seulement par *David Schulze et Nicholas Dodd*, pour l’intervenante Makivik Corporation.

*Marie-France Major et Thomas Slade*, pour l’intervenant le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut.

*Kate Darling, Lorraine Land, Matt McPherson et Krista Nerland*, pour l’intervenante Inuvialuit Regional Corporation.

*Maxime Faille, Jaimie Lickers and Guy Régimbald*, for the interveners the Chiefs of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

### I. Introduction

[1] This Court has on several occasions affirmed the role of the duty to consult in fostering reconciliation between Canada's Indigenous peoples and the Crown. In this appeal, and its companion *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099, we consider the Crown's duty to consult with Indigenous peoples before an independent regulatory agency authorizes a project which could impact upon their rights. The Court's jurisprudence shows that the substance of the duty does not change when a regulatory agency holds final decision-making authority in respect of a project. While the Crown always owes the duty to consult, regulatory processes can partially or completely fulfill this duty.

[2] The Hamlet of Clyde River lies on the north-east coast of Baffin Island, in Nunavut. The community is situated on a flood plain between Patricia Bay and the Arctic Cordillera. Most residents of Clyde River are Inuit, who rely on marine mammals for food and for their economic, cultural, and spiritual well-being. They have harvested marine mammals for generations. The bowhead whale, the narwhal, the ringed, bearded, and harp seals, and the polar bear are of particular importance to them. Under the *Nunavut Land Claims Agreement* (1993), the Inuit of Clyde River ceded all Aboriginal claims, rights, title, and interests in the Nunavut Settlement Area, including Clyde River, in exchange for defined treaty rights, including the right to harvest marine mammals.

*Maxime Faille, Jaimie Lickers et Guy Régimbald*, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS ET BROWN —

### I. Introduction

[1] À plusieurs reprises, la Cour a confirmé la place que tient l'obligation de consultation de la Couronne lorsqu'il s'agit de favoriser la réconciliation entre les peuples autochtones du Canada et la Couronne. Dans le présent pourvoi, ainsi que dans le pourvoi connexe *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099, nous examinons l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones avant qu'un organisme de réglementation indépendant n'autorise un projet susceptible d'avoir des incidences sur leurs droits. Selon la jurisprudence de notre Cour, la substance de cette obligation ne change pas lorsqu'un organisme de réglementation détient le pouvoir de prendre la décision définitive à l'égard d'un projet. Bien que la Couronne soit toujours tenue de consulter, elle peut satisfaire partiellement ou totalement à cette obligation dans le cadre du processus de réglementation.

[2] Le hameau de Clyde River est situé sur la côte nord-est de l'île de Baffin, au Nunavut. La communauté se trouve dans une plaine inondable entre la Baie Patricia et la cordillère arctique. La plupart des résidents sont des Inuits et ils comptent sur les mammifères marins pour se nourrir et assurer leur bien-être économique, culturel et spirituel. Ils récoltent les mammifères marins depuis des générations. Ils accordent une importance particulière à la baleine boréale, au narval, au phoque annelé, au phoque barbu, au phoque du Groenland et à l'ours polaire. Aux termes de l'*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut* (1993), les Inuits de Clyde River ont cédé l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux dans la région du Nunavut, qui comprend Clyde River, contre des droits définis par traité, notamment le droit de récolter des mammifères marins.

[3] In 2011, the respondents TGS-NOPEC Geophysical Company ASA, Multi Klient Invest As and Petroleum Geo-Services Inc. (the proponents) applied to the National Energy Board (NEB) to conduct offshore seismic testing for oil and gas resources. It is undisputed that this testing could negatively affect the harvesting rights of the Inuit of Clyde River. After a period of consultation among the project proponents, the NEB, and affected Inuit communities, the NEB granted the requested authorization.

[4] While the Crown may rely on the NEB's process to fulfill its duty to consult, considering the importance of the established treaty rights at stake and the potential impact of the seismic testing on those rights, we agree with the appellants that the consultation and accommodation efforts in this case were inadequate. For the reasons set out below, we would therefore allow the appeal and quash the NEB's authorization.

## II. Background

### A. *Legislative Framework*

[5] The *Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C. 1985, c. O-7 (*COGOA*), aims, in part, to promote responsible exploration for and exploitation of oil and gas resources (s. 2.1). It applies to exploration and drilling for the production, conservation, processing, and transportation of oil and gas in certain designated areas, including Nunavut (s. 3). Engaging in such activities is prohibited without an operating licence under s. 5(1)(a) or an authorization under s. 5(1)(b).

[6] The NEB is a federal administrative tribunal and regulatory agency established by the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7 (*NEB Act*). In this case, it is the final decision maker for issuing an authorization under s. 5(1)(b) of *COGOA*. The NEB has broad discretion to impose requirements for authorization under s. 5(4), and can ask parties to

[3] En 2011, les intimées TGS-NOPEC Geophysical Company ASA, Multi Klient Invest As et Petroleum Geo-Services Inc. (les promoteurs) ont demandé à l'Office national de l'énergie (ONÉ) l'autorisation de mener des essais sismiques extracôtiers liés aux ressources pétrolières et gazières. Nul ne conteste que ces essais pourraient avoir des incidences négatives sur les droits de récolte des Inuits de Clyde River. Après une période de consultation entre les promoteurs du projet, l'ONÉ et les communautés inuites touchées, l'ONÉ a accordé l'autorisation demandée.

[4] Bien que la Couronne puisse s'en remettre au processus mené par l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter, vu l'importance des droits issus de traités reconnus en jeu et l'incidence que les essais sismiques pourraient avoir sur ces droits, à l'instar des appelants nous estimons que les efforts de consultation et d'accommodement en l'espèce ont été inadéquats. Pour les motifs qui suivent, nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'autorisation de l'ONÉ.

## II. Contexte

### A. *Cadre législatif*

[5] La *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. 1985, c. O-7 (*LOPC*), vise en partie à promouvoir la recherche et l'exploitation responsables des ressources pétrolières et gazières (art. 2.1). Elle s'applique à la recherche, notamment par forage, à la production, à la rationalisation de l'exploitation, à la transformation et au transport du pétrole et du gaz dans certains endroits désignés, notamment au Nunavut (art. 3). Il est interdit de se livrer à de telles activités sans avoir obtenu le permis de travaux prévu à l'al. 5(1)a) ou l'autorisation prévue à l'al. 5(1)b).

[6] L'ONÉ est un tribunal administratif fédéral et un organisme de réglementation établi par la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7 (*Loi sur l'ONÉ*). En l'espèce, c'est lui qui prend en dernier ressort la décision d'accorder ou non l'autorisation prévue à l'al. 5(1)b) de la *LOPC*. L'ONÉ est investi d'un large pouvoir discrétionnaire

provide any information it deems necessary to comply with its statutory mandate (s. 5.31).

### B. *The Seismic Testing Authorization*

[7] In May 2011, the proponents applied to the NEB for an authorization under s. 5(1)(b) of *COGOA* to conduct seismic testing in Baffin Bay and Davis Strait, adjacent to the area where the Inuit have treaty rights to harvest marine mammals. The proposed testing contemplated towing airguns by ship through a project area. These airguns produce underwater sound waves, which are intended to find and measure underwater geological resources such as petroleum. The testing was to run from July through November, for five successive years.

[8] The NEB launched an environmental assessment of the project.<sup>1</sup>

[9] Clyde River opposed the seismic testing, and filed a petition against it with the NEB in May 2011. In 2012, the proponents responded to requests for further information from the NEB. They held meetings in communities that would be affected by the testing, including Clyde River.

[10] In April and May 2013, the NEB held meetings in Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtarjuaq, and Iqaluit to collect comments from the public on the project. Representatives of the proponents attended these meetings. Community members asked basic questions about the effects of the survey on marine mammals in the region, but the proponents were unable to answer many of them. For example, in

<sup>1</sup> This assessment was initially required under the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37. Since its repeal and replacement by the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52, the NEB has continued to conduct environmental assessments in relation to proposed projects, taking the position that it is still empowered to do so under *COGOA*.

qui l'habilite à assortir de conditions, en vertu du par. 5(4), les autorisations qu'il délivre, et il peut demander aux parties tout renseignement qu'il juge nécessaire pour s'acquitter du mandat que lui confère la loi (art. 5.31).

### B. *L'autorisation relative aux essais sismiques*

[7] En mai 2011, les promoteurs ont demandé à l'ONÉ, aux termes de l'al. 5(1)b) de la *LOPC*, l'autorisation d'effectuer des essais sismiques dans la baie de Baffin et le détroit de Davis, lieux adjacents à la région où les Inuits peuvent, conformément à des droits issus de traités, récolter des mammifères marins. Les essais proposés prévoyaient que des canons à air seraient remorqués par navire à travers une région visée par le projet. Ces canons produisent des ondes sonores sous-marines qui permettent de trouver et de mesurer les ressources géologiques sous-marines tel le pétrole. Les essais devaient avoir lieu de juillet à novembre, pendant cinq années consécutives.

[8] L'ONÉ a procédé à une évaluation environnementale du projet<sup>1</sup>.

[9] Clyde River s'est opposé aux essais sismiques et a présenté à l'ONÉ une pétition à l'encontre de ces essais en mai 2011. En 2012, les promoteurs ont répondu à des demandes de renseignements supplémentaires de l'ONÉ. Ils ont tenu des assemblées dans des communautés qui seraient touchées par les essais, notamment à Clyde River.

[10] En avril et en mai 2013, l'ONÉ a tenu des assemblées dans les hameaux de Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtarjuaq et Iqaluit afin de recueillir les commentaires des membres du public concernant le projet. Des représentants des promoteurs ont assisté à ces assemblées. Les membres des communautés ont posé des questions de base au sujet de l'effet des essais sur les mammifères marins de la région, mais

<sup>1</sup> Cette évaluation était initialement exigée par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37. Depuis l'abrogation de cette loi et son remplacement par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, c. 19, art. 52, l'ONÉ continue de mener des évaluations environnementales relativement aux projets proposés, considérant qu'il possède toujours le pouvoir de le faire en vertu de la *LOPC*.

Pond Inlet, a community member asked the proponents which marine mammals would be affected by the survey. The proponents answered: “That’s a very difficult question to answer because we’re not the core experts” (A.R., vol. III, at p. 541). Similarly, in Clyde River, a community member asked how the testing would affect marine mammals. The proponents answered:

... a lot of work has been done with seismic surveys in other places and a lot of that information is used in doing the environmental assessment, the document that has been submitted by the companies to the National Energy Board for the approval process. It has a section on, you know, marine mammals and the effects on marine mammals.

(A.R., vol. III, at p. 651)

[11] These are but two examples of multiple instances of the proponents’ failure to offer substantive answers to basic questions about the impacts of the proposed seismic testing. That failure led the NEB, in May 2013, to suspend its assessment. In August 2013, the proponents filed a 3,926-page document with the NEB, purporting to answer those questions. This document was posted on the NEB website and delivered to the hamlet offices. The vast majority of this document was not translated into Inuktitut. No further efforts were made to determine whether this document was accessible to the communities, and whether their questions were answered. After this document was filed, the NEB resumed its assessment.

[12] Throughout the environmental assessment process, Clyde River and various Inuit organizations filed letters of comment with the NEB, noting the inadequacy of consultation and expressing concerns about the testing.

les promoteurs n’ont pas été en mesure de répondre à bon nombre de celles-ci. Par exemple, à Pond Inlet, un membre de la communauté a demandé aux promoteurs quels mammifères marins seraient touchés par les essais. Ceux-ci ont donné la réponse suivante : [TRADUCTION] « Il est très difficile de répondre à cette question parce que nous ne sommes pas des experts à ce sujet » (d.a., vol. III, p. 541). De même, à Clyde River, un membre de la communauté voulait savoir quel serait l’effet des essais sur les mammifères marins. Les promoteurs ont répondu ce qui suit :

[TRADUCTION] ... il y a eu beaucoup de travaux en matière d’essais sismiques à d’autres endroits, et une grande partie de cette information est utilisée dans la réalisation de l’évaluation environnementale, le document qui a été soumis à l’Office national de l’énergie par les entreprises pour les besoins du processus d’approbation. Il comporte une section sur, vous savez, les mammifères marins et les effets sur ceux-ci.

(d.a., vol. III, p. 651)

[11] Ce ne sont là que deux exemples des nombreux cas où les promoteurs n’ont pas su donner de réponses concrètes à des questions de base au sujet des répercussions des essais sismiques proposés. C’est ce qui a amené l’ONÉ à suspendre son évaluation en mai 2013. En août 2013, les promoteurs ont déposé auprès de l’ONÉ un document de 3 926 pages censé répondre à ces questions. Ce document a été affiché sur le site Web de l’ONÉ et envoyé aux bureaux des hameaux. La majeure partie de ce document n’a pas été traduite en inuktitut. Aucun effort additionnel n’a été déployé pour vérifier si les communautés avaient accès à ce document, et si elles avaient obtenu des réponses à leurs questions. Après le dépôt du document, l’ONÉ a repris son évaluation.

[12] Tout au long du processus d’évaluation environnementale, Clyde River et diverses organisations inuites ont déposé auprès de l’ONÉ des lettres de commentaires dans lesquelles ils affirmaient que la consultation était inadéquate et ils exprimaient leurs inquiétudes au sujet des essais.

[13] In April 2014, organizations representing the appellants and Inuit in other communities wrote to the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development and to the NEB, stating their view that the duty to consult had not been fulfilled in relation to the testing. This could be remedied, they said, by completing a strategic environmental assessment<sup>2</sup> before authorizing any seismic testing. In May, the Nunavut Marine Council also wrote to the NEB, with a copy to the Minister, asking that any regulatory decisions affecting the Nunavut Settlement Area's marine environment be postponed until completion of the strategic environmental assessment. This assessment was necessary, in the Council's view, to understand the baseline conditions in the marine environment and to ensure that seismic tests are properly regulated.

[14] In June 2014, the Minister responded to both letters, "disagree[ing] with the view that seismic exploration of the region should be put on hold until the completion of a strategic environmental assessment" (A.R., vol. IV, at p. 967). A Geophysical Operations Authorization letter from the NEB soon followed, advising that the environmental assessment report was completed and that the authorization had been granted.

[15] In its environmental assessment report, the NEB discussed consultation with, and the participation of, Aboriginal groups in the NEB process. It concluded that the proponents "made sufficient efforts to consult with potentially-impacted Aboriginal groups and to address concerns raised" and that

<sup>2</sup> At the time, the Department of Aboriginal Affairs and Northern Development was preparing a strategic environmental assessment — specifically, the "Eastern Arctic Strategic Environmental Assessment" — for Baffin Bay and Davis Strait, meant to examine "all aspects of future oil and gas development." Once complete, it would "inform policy decisions around if, when, and where oil and gas companies may be invited to bid on parcels of land for exploration drilling rights in Baffin Bay/Davis Strait" (Letter to Cathy Towtongie et al. from the Honourable Bernard Valcourt, A.R., vol. IV, at pp. 966-67).

[13] En avril 2014, des organisations représentant les appelants et des Inuits d'autres communautés ont écrit au ministre des Affaires autochtones et du Nord et à l'ONÉ, affirmant qu'à leur avis il n'avait pas été satisfait à l'obligation de consultation en ce qui a trait aux essais. Selon ces organisations, il était possible de remédier à cette situation en réalisant une évaluation environnementale stratégique<sup>2</sup> avant que des essais sismiques ne soient autorisés. En mai, le Conseil du milieu marin du Nunavut a lui aussi écrit à l'ONÉ, avec copie au ministre, et demandé que toute décision réglementaire touchant le milieu marin de la région du Nunavut soit reportée jusqu'à ce que l'évaluation environnementale stratégique soit terminée. De l'avis du Conseil, cette évaluation était nécessaire pour que l'on comprenne les conditions de référence du milieu marin et pour veiller à ce que les essais sismiques soient adéquatement réglementés.

[14] En juin 2014, le ministre a répondu à ces deux lettres, exprimant son [TRADUCTION] « désaccord avec l'idée de suspendre l'exploration sismique de la région jusqu'à ce que l'évaluation environnementale stratégique soit terminée » (d.a., vol. IV, p. 967). Peu de temps après, une lettre émanant de l'ONÉ qui accordait l'autorisation de mener des travaux géophysiques a suivi, indiquant que le rapport d'évaluation environnementale était terminé et que l'autorisation avait été accordée.

[15] Dans son rapport d'évaluation environnementale, l'ONÉ a traité de la consultation et de la participation des groupes autochtones dans le cadre de son processus. Il a conclu que les promoteurs [TRADUCTION] « ont déployé suffisamment d'efforts pour consulter les groupes autochtones susceptibles

<sup>2</sup> À cette époque, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien préparait une évaluation environnementale stratégique — plus précisément l'[TRADUCTION] « Évaluation environnementale stratégique dans l'Arctique de l'Est » — pour la baie de Baffin et le détroit de Davis, qui visait l'examen de « tous les aspects de l'exploitation pétrolière et gazière future ». Une fois terminée, cette évaluation « guiderait les décisions de politique générale concernant l'opportunité d'inviter les sociétés pétrolières et gazières à soumissionner à l'égard de parcelles de terre afin d'y obtenir des droits d'exploration par forage dans la baie de Baffin et le détroit de Davis, ainsi que le moment où cela pourrait se faire et les endroits qui seraient visés » (lettre de l'honorable Bernard Valcourt à Cathy Towtongie et autres, d.a., vol. IV, p. 966-967).

“Aboriginal groups had an adequate opportunity to participate in the NEB’s [environmental assessment] process” (A.R., vol. I, at p. 24). It also determined that the testing could change the migration routes of marine mammals and increase their risk of mortality, thereby affecting traditional harvesting of marine mammals including bowhead whales and narwhals, which are both identified as being of “Special Concern” by the Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada (COSEWIC). The NEB concluded, however, that the testing was unlikely to cause significant adverse environmental effects given the mitigation measures that the proponents would implement.

### C. *The Judicial Review Proceedings*

[16] Clyde River applied to the Federal Court of Appeal for judicial review of the NEB’s decision to grant the authorization. Dawson J.A. (Nadon and Boivin J.J.A. concurring) found that the duty to consult had been triggered because the NEB could not grant the authorization without the minister’s approval (or waiver of the requirement for approval) of a benefits plan for the project, pursuant to s. 5.2(2) of *COGOA* (2015 FCA 179, [2016] 3 F.C.R. 167). The Federal Court of Appeal characterized the degree of consultation owed in the circumstances as deep, as that concept was discussed in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 44, and found that the Crown was entitled to rely on the NEB to undertake such consultation.

[17] The Court of Appeal also concluded that the Crown’s duty to consult had been satisfied by the nature and scope of the NEB’s processes. The conditions upon which the authorization had been granted showed that the interests of the Inuit had been sufficiently considered and that further consultation would be expected to occur were the proposed testing to be followed by further development

d’être touchés et pour répondre aux préoccupations qu’ils ont soulevées », et que « les groupes autochtones ont eu une possibilité adéquate de participer au processus d’évaluation environnementale de l’ONÉ » (d.a., vol. I, p. 24). L’ONÉ a également conclu que les essais pouvaient modifier les routes migratoires des mammifères marins et augmenter le risque de mortalité chez ces animaux, situation qui influencerait sur la récolte traditionnelle des mammifères marins, notamment les baleines boréales et les narvals, deux espèces qualifiées d’« espèces préoccupantes » par le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada (COSEPAC). L’ONÉ a toutefois conclu que les essais n’étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs et importants compte tenu des mesures d’atténuation que les promoteurs mettraient en œuvre.

### C. *La demande de contrôle judiciaire*

[16] Clyde River a demandé à la Cour d’appel fédérale le contrôle judiciaire de la décision de l’ONÉ accordant l’autorisation. La juge Dawson (avec l’appui des juges Nadon et Boivin) a conclu que l’obligation de consulter avait pris naissance, parce que l’ONÉ ne pouvait pas accorder l’autorisation tant que le ministre n’aurait pas approuvé (ou renoncer à l’obligation d’approuver) un plan de retombées économiques relativement au projet, conformément au par. 5.2(2) de la *LOPC* (2015 CAF 179, [2016] 3 R.C.F. 167). La Cour d’appel fédérale a considéré que les circonstances requéraient une consultation approfondie, suivant le sens donné à cette notion dans l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 44, et elle a jugé que la Couronne pouvait s’en remettre à l’ONÉ pour que celui-ci procède à la consultation.

[17] La Cour d’appel a également conclu que, du fait de la nature et de l’étendue des processus de l’ONÉ, il avait été satisfait à l’obligation de consulter incombant à la Couronne. Les conditions auxquelles l’ONÉ avait accordé son autorisation montraient qu’il avait suffisamment pris en compte les intérêts des Inuits et qu’il était permis de s’attendre à ce que de nouvelles consultations soient

activities. In the circumstances, a strategic environmental assessment report was not required.

### III. Analysis

[18] The following issues arise in this appeal:

1. Can an NEB approval process trigger the duty to consult?
2. Can the Crown rely on the NEB's process to fulfill the duty to consult?
3. What is the NEB's role in considering Crown consultation before approval?
4. Was the consultation adequate in this case?

#### A. *The Duty to Consult — General Principles*

[19] The duty to consult seeks to protect Aboriginal and treaty rights while furthering reconciliation between Indigenous peoples and the Crown (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 34). It has both a constitutional and a legal dimension (*R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6; *Carrier Sekani*, at para. 34). Its constitutional dimension is grounded in the honour of the Crown (*Kapp*, at para. 6). This principle is in turn enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms existing Aboriginal and treaty rights (*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24). And, as a legal obligation, it is based in the Crown's assumption of sovereignty over lands and resources formerly held by Indigenous peoples (*Haida*, at para. 53).

menées si les essais proposés étaient suivis d'autres activités de mise en valeur. Dans les circonstances, un rapport d'évaluation environnementale stratégique n'était pas nécessaire.

### III. Analyse

[18] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Un processus d'approbation de l'ONÉ peut-il donner naissance à l'obligation de consulter?
2. La Couronne peut-elle s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à l'obligation de consulter?
3. Quel est le rôle de l'ONÉ dans l'appréciation de la consultation incombant à la Couronne avant l'approbation d'un projet?
4. La consultation a-t-elle été adéquate en l'espèce?

#### A. *L'obligation de consulter — principes généraux*

[19] L'obligation de consulter vise la protection des droits ancestraux et issus de traités tout en favorisant la réconciliation entre les peuples autochtones et la Couronne (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 34). Elle revêt à la fois une dimension constitutionnelle et une dimension légale (*R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6; *Carrier Sekani*, par. 34). Sa dimension constitutionnelle découle du principe de l'honneur de la Couronne (*Kapp*, par. 6). Ce principe est lui-même consacré au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits existants ancestraux et issus de traités (*Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24). Et, en tant qu'obligation légale, elle découle de la proclamation de la souveraineté de la Couronne sur des terres et ressources autrefois détenues par les peuples autochtones (*Haida*, par. 53).



[20] The content of the duty, once triggered, falls along a spectrum ranging from limited to deep consultation, depending upon the strength of the Aboriginal claim, and the seriousness of the potential impact on the right. Each case must be considered individually. Flexibility is required, as the depth of consultation required may change as the process advances and new information comes to light (*Haida*, at paras. 39 and 43-45).

[21] This Court has affirmed that it is open to legislatures to empower regulatory bodies to play a role in fulfilling the Crown's duty to consult (*Carrier Sekani*, at para. 56; *Haida*, at para. 51). The appellants argue that a regulatory process alone cannot fulfill the duty to consult because at least some direct engagement between "the Crown" and the affected Indigenous community is necessary.

[22] In our view, while the Crown may rely on steps undertaken by a regulatory agency to fulfill its duty to consult in whole or in part and, where appropriate, accommodate, the Crown always holds ultimate responsibility for ensuring consultation is adequate. Practically speaking, this does not mean that a minister of the Crown must give explicit consideration in every case to whether the duty to consult has been satisfied, or must directly participate in the process of consultation. Where the regulatory process being relied upon does not achieve adequate consultation or accommodation, the Crown must take further measures to meet its duty. This might entail filling any gaps on a case-by-case basis or more systemically through legislative or regulatory amendments (see e.g. *Ross River Dena Council v. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100). Or, it might require making submissions to the regulatory body, requesting reconsideration of a decision, or seeking a postponement in order to carry out further consultation in a separate process before the decision is rendered. And, if an affected Indigenous group is (like the Inuit of Nunavut) a party to a modern treaty and perceives the process to be deficient, it should, as it did here, request such direct Crown engagement in a timely manner (since parties to treaties

[20] Une fois que l'obligation a pris naissance, son contenu se situe sur un continuum qui va de la consultation limitée à la consultation approfondie, selon la solidité de la revendication autochtone et la gravité de l'impact potentiel sur le droit concerné. Il faut procéder au cas par cas et faire preuve de souplesse, car le caractère approfondi de la consultation nécessaire peut varier au fur et à mesure que se déroule le processus et que sont mis au jour de nouveaux renseignements (*Haida*, par. 39 et 43-45).

[21] Notre Cour a affirmé qu'il est loisible aux législateurs d'habiliter des organismes de réglementation à contribuer à la réalisation de l'obligation de consulter de la Couronne (*Carrier Sekani*, par. 56; *Haida*, par. 51). Les appelants plaident qu'un processus réglementaire ne peut à lui seul assurer le respect de l'obligation de consulter, parce qu'il faut au moins un certain dialogue direct entre « la Couronne » et la communauté autochtone touchée.

[22] À notre avis, bien que la Couronne puisse s'en remettre aux mesures prises par un organisme de réglementation pour satisfaire, en tout ou en partie, à son obligation de consulter et, lorsque cela se justifie, à son obligation d'accommoder, c'est toujours à elle qu'incombe la responsabilité ultime de veiller au caractère adéquat de la consultation. Sur le plan pratique, cela ne signifie pas qu'un ministre doit dans chaque cas se demander explicitement s'il a été satisfait à l'obligation de consulter, ou qu'il doit participer directement au processus de consultation. Lorsque le processus réglementaire auquel s'en remet la Couronne ne lui permet pas de satisfaire adéquatement à son obligation de consulter ou d'accommoder, elle doit prendre des mesures supplémentaires pour ce faire. Elle pourrait devoir combler les lacunes soit au cas par cas, soit de manière plus systématique au moyen de modifications législatives ou réglementaires (voir, par ex., *Ross River Dena Council c. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100). Elle pourrait également exiger la présentation d'observations à l'organisme de réglementation, demander le réexamen de la décision ou solliciter le report de l'audience afin de mener d'autres consultations dans le cadre d'un processus distinct avant que la décision ne soit rendue. Par ailleurs, si un groupe autochtone

are obliged to act diligently to advance their respective interests) (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 12).

[23] Further, because the honour of the Crown requires a meaningful, good faith consultation process (*Haida*, at para. 41), where the Crown relies on the processes of a regulatory body to fulfill its duty in whole or in part, it should be made clear to affected Indigenous groups that the Crown is so relying. Guidance about the form of the consultation process should be provided so that Indigenous peoples know how consultation will be carried out to allow for their effective participation and, if necessary, to permit them to raise concerns with the proposed form of the consultations in a timely manner.

[24] Above all, and irrespective of the process by which consultation is undertaken, any decision affecting Aboriginal or treaty rights made on the basis of inadequate consultation will not be in compliance with the duty to consult, which is a constitutional imperative. Where challenged, it should be quashed on judicial review. That said, judicial review is no substitute for adequate consultation. True reconciliation is rarely, if ever, achieved in courtrooms. Judicial remedies may seek to undo past infringements of Aboriginal and treaty rights, but adequate Crown consultation *before* project approval is always preferable to after-the-fact judicial remonstrance following an adversarial process. Consultation is, after all, “[c]oncerned with an ethic of ongoing relationships” (*Carrier Sekani*, at para. 38, quoting D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), at p. 21). As the Court noted in *Haida*, “[w]hile Aboriginal claims can be and are pursued through litigation, negotiation is a preferable way of reconciling state and Aboriginal

touché est (comme les Inuits du Nunavut) partie à un traité moderne et juge que le processus est déficient, il devrait, comme ce fut le cas en l’espèce, demander une intervention directe de la Couronne en temps opportun (puisque les parties aux traités sont tenues d’agir de façon diligente pour faire valoir leurs intérêts respectifs) (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 12).

[23] De plus, étant donné que l’honneur de la Couronne commande que celle-ci agisse de bonne foi et tienne une véritable consultation (*Haida*, par. 41), lorsque la Couronne s’en remet aux processus d’un organisme de réglementation pour satisfaire en tout ou en partie à son obligation, il doit être clairement indiqué aux groupes autochtones touchés que la Couronne s’en remet à un tel processus. Les peuples autochtones doivent être avisés de la forme que prendra le processus de consultation, afin de savoir comment les consultations se dérouleront, de pouvoir y participer activement et, au besoin, d’être en mesure de soulever en temps opportun leurs préoccupations au sujet de la forme des consultations proposées.

[24] Par-dessus tout, et peu importe le processus de consultation entrepris, toute décision touchant des droits ancestraux ou issus de traités prise sur la base d’une consultation inadéquate ne respectera pas l’obligation de consulter, laquelle est un impératif constitutionnel. En cas de contestation, la décision devrait être annulée à l’issue d’un contrôle judiciaire. Cela dit, le contrôle judiciaire ne saurait remplacer une consultation adéquate. On ne parvient que rarement, voire jamais, à une véritable réconciliation dans une salle d’audience. Un recours judiciaire peut tendre à corriger des atteintes passées à des droits ancestraux ou issus de traités, mais une consultation adéquate par la Couronne *avant* que le projet ne soit approuvé est toujours préférable à des remontrances judiciaires formulées après le fait, au terme d’une procédure contradictoire. Après tout, la consultation [TRADUCTION] « s’attache au maintien de relations constantes » (*Carrier Sekani*, par. 38, citant D. G. Newman, *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009),

interests” (para. 14). No one benefits — not project proponents, not Indigenous peoples, and not non-Indigenous members of affected communities — when projects are prematurely approved only to be subjected to litigation.

B. *Can an NEB Approval Process Trigger the Duty to Consult?*

[25] The duty to consult is triggered when the Crown has actual or constructive knowledge of a potential Aboriginal claim or Aboriginal or treaty rights that might be adversely affected by Crown conduct (*Haida*, at para. 35; *Carrier Sekani*, at para. 31). Crown conduct which would trigger the duty is not restricted to the exercise by or on behalf of the Crown of statutory powers or of the royal prerogative, nor is it limited to decisions that have an immediate impact on lands and resources. The concern is for adverse impacts, however made, upon Aboriginal and treaty rights and, indeed, a goal of consultation is to identify, minimize and address adverse impacts where possible (*Carrier Sekani*, at paras. 45-46).

[26] In this appeal, all parties agreed that the Crown’s duty to consult was triggered, although agreement on *just what* Crown conduct triggered the duty has proven elusive. The Federal Court of Appeal saw the trigger in *COGOA*’s requirement for ministerial approval (or waiver of the requirement for approval) of a benefits plan for the testing. In the companion appeal of *Chippewas of the Thames*, the majority of the Federal Court of Appeal concluded that it was not necessary to decide whether the duty to consult was triggered since the Crown was not a party before the NEB, but suggested the only Crown action involved might have been the 1959 enactment

p. 21). Comme notre Cour l’a souligné dans *Haida*, « [m]ême si les revendications autochtones sont et peuvent être réglées dans le cadre de litiges, il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones » (par. 14). Il n’est à l’avantage de personne — promoteurs du projet, peuples autochtones ou membres non autochtones des communautés touchées — qu’un projet soit approuvé prématurément mais fasse ensuite l’objet d’un litige.

B. *Un processus d’approbation de l’ONÉ peut-il donner naissance à l’obligation de consulter?*

[25] L’obligation de consulter prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle d’une revendication autochtone ou de droits ancestraux ou issus de traités susceptibles de subir des effets préjudiciables en raison d’une mesure prise par la Couronne (*Haida*, par. 35; *Carrier Sekani*, par. 31). Les mesures de la Couronne susceptibles de donner naissance à l’obligation de consulter ne se limitent pas à l’exercice, par la Couronne ou en son nom, de la prérogative royale ou de pouvoirs conférés par la loi, et ne se limitent pas non plus aux décisions qui ont une incidence immédiate sur les terres et les ressources. Il faut se demander si la mesure a des effets préjudiciables, quelle qu’en soit la cause, sur des droits ancestraux ou issus de traités. D’ailleurs, un des objectifs de la consultation consiste à cerner les effets préjudiciables, à les réduire au minimum et à y remédier si possible (*Carrier Sekani*, par. 45-46).

[26] Dans le présent pourvoi, toutes les parties ont reconnu que l’obligation de consulter de la Couronne avait pris naissance, mais elles ont été incapables de s’accorder sur la *nature exacte* de la mesure de la Couronne qui a donné naissance à cette obligation. La Cour d’appel fédérale a considéré que l’élément ayant fait naître l’obligation est l’exigence prévue par la *LOPC* qui requiert que le ministre approuve (ou renonce à l’obligation d’approuver) un plan de retombées économiques pour les essais. Dans l’affaire connexe *Chippewas of the Thames*, les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont conclu qu’il n’était pas nécessaire de

of the *NEB Act*<sup>3</sup> (*Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96). In short, the Federal Court of Appeal in both cases was of the view that only action by a minister of the Crown or a government department, or a Crown corporation, can constitute Crown conduct triggering the duty to consult. And, before this Court in *Chippewas of the Thames*, the Attorney General of Canada argued that the duty was triggered by the NEB's approval of the pipeline project, because it was state action with the potential to affect Aboriginal or treaty rights.

[27] Contrary to the Federal Court of Appeal's conclusions on this point, we agree that the NEB's approval process, in this case, as in *Chippewas of the Thames*, triggered the duty to consult.

[28] It bears reiterating that the duty to consult is owed by the Crown. In one sense, the "Crown" refers to the personification in Her Majesty of the Canadian state in exercising the prerogatives and privileges reserved to it. The Crown also, however, denotes the sovereign in the exercise of her formal legislative role (in assenting, refusing assent to, or reserving legislative or parliamentary bills), and as the head of executive authority (*McAteer v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1, at para. 51; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at pp. 11-12; but see *Carrier Sekani*, at para. 44). For this reason, the term "Crown" is commonly used to symbolize and denote executive power. This was described by Lord Simon of Glaisdale in *Town Investments Ltd. v. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359 (H.L.), at p. 397:

<sup>3</sup> *National Energy Board Act*, S.C. 1959, c. 46.

décider si l'obligation de consulter s'appliquait, puisque la Couronne n'était pas partie à l'instance devant l'ONÉ, mais ils ont évoqué l'idée que la seule mesure de la Couronne en cause pourrait être l'adoption en 1959 de la *Loi sur l'ONÉ*<sup>3</sup> (*Première Nation des Chippewas de la Thames c. Pipelines Enbridge Inc.*, 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96). Bref, dans les deux affaires la Cour d'appel fédérale était d'avis que seule une mesure prise par un ministre ou un ministère du gouvernement, ou une société d'État, peut constituer une mesure de la Couronne donnant naissance à l'obligation de consulter. Et devant notre Cour, dans le pourvoi *Chippewas of the Thames*, la procureure générale du Canada a plaidé que c'est l'approbation du projet de pipeline par l'ONÉ qui a donné naissance à l'obligation, puisqu'il s'agissait d'une mesure de l'État susceptible d'avoir une incidence sur des droits ancestraux ou issus de traités.

[27] Contrairement aux conclusions de la Cour d'appel fédérale sur ce point, nous sommes d'avis qu'en l'espèce, tout comme dans *Chippewas of the Thames*, c'est le processus d'approbation de l'ONÉ qui a donné naissance à l'obligation de consulter.

[28] Il importe de répéter que l'obligation de consulter incombe à la Couronne. En un sens, la « Couronne » s'entend de la personnification de Sa Majesté de l'État canadien dans l'exercice des prérogatives et des privilèges qui lui sont réservés. Cependant, la Couronne désigne aussi la souveraine dans l'exercice de son rôle législatif officiel (lorsqu'elle sanctionne les projets de loi, qu'elle refuse de les sanctionner ou qu'elle réserve sa décision), et en tant que chef du pouvoir exécutif (*McAteer c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1, par. 51; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 11-12; mais voir *Carrier Sekani*, par. 44). Pour cette raison, le mot « Couronne » est couramment employé comme symbole du pouvoir exécutif et pour désigner ce pouvoir. C'est ce que lord Simon of Glaisdale a décrit dans *Town Investments Ltd. c. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359 (H.L.), p. 397 :

<sup>3</sup> *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.C. 1959, c. 46.

The crown as an object is a piece of jewelled headgear under guard at the Tower of London. But it symbolises the powers of government which were formerly wielded by the wearer of the crown; so that by the 13th century crimes were committed not only against the king's peace but also against "his crown and dignity": *Pollock and Maitland, History of English Law*, 2nd ed. (1898), vol. I, p. 525. The term "the Crown" is therefore used in constitutional law to denote the collection of such of those powers as remain extant (the royal prerogative), together with such other powers as have been expressly conferred by statute on "the Crown."

[29] By this understanding, the NEB is not, strictly speaking, "the Crown". Nor is it, strictly speaking, an agent of the Crown, since — as the NEB operates independently of the Crown's ministers — no relationship of control exists between them (Hogg, Monahan and Wright, at p. 465). As a statutory body holding responsibility under s. 5(1)(b) of *COGOA*, however, the NEB acts on behalf of the Crown when making a final decision on a project application. Put plainly, once it is accepted that a regulatory agency exists to exercise executive power as authorized by legislatures, any distinction between its actions and Crown action quickly falls away. In this context, the NEB is the vehicle through which the Crown acts. Hence this Court's interchangeable references in *Carrier Sekani* to "government action" and "Crown conduct" (paras. 42-44). It therefore does not matter whether the final decision maker on a resource project is Cabinet or the NEB. In either case, the decision constitutes Crown action that may trigger the duty to consult. As Rennie J.A. said in dissent at the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames*, "[t]he duty, like the honour of the Crown, does not evaporate simply because a final decision has been made by a tribunal established by Parliament, as opposed to Cabinet" (para. 105). The action of the NEB, taken in furtherance of its statutory powers under s. 5(1)(b) of *COGOA* to make final

[TRADUCTION] La couronne, en tant qu'objet, est une coiffure ornée de bijoux conservée sous garde à la tour de Londres. Mais elle symbolise les pouvoirs du gouvernement qui étaient auparavant exercés par la personne portant la couronne; c'est ainsi qu'au 13<sup>e</sup> siècle, les crimes étaient commis non seulement contre la paix du roi, mais aussi contre « sa couronne et sa dignité » : *Pollock and Maitland, History of English Law*, 2<sup>e</sup> éd. (1898), vol. I, p. 525. Par conséquent, on utilise l'expression « la Couronne » en droit constitutionnel pour désigner l'ensemble des pouvoirs de cette nature qui subsistent (la prérogative royale), ainsi que les autres pouvoirs que la loi confère expressément à « la Couronne ».

[29] Selon cette interprétation, l'ONÉ n'est pas, à proprement parler, « la Couronne ». Il n'est pas non plus, à proprement parler, un mandataire de la Couronne, étant donné que — comme l'ONÉ exerce ses activités de manière indépendante des ministres de la Couronne — il n'existe entre eux aucun lien de dépendance (Hogg, Monahan et Wright, p. 465). Cependant, en tant qu'organisme créé par la loi à qui incombe la responsabilité visée à l'al. 5(1)(b) de la *LOPC*, l'ONÉ agit pour le compte de la Couronne lorsqu'il prend une décision définitive à l'égard d'une demande de projet. En termes simples, dès lors que l'on accepte qu'un organisme de réglementation existe pour exercer le pouvoir de nature exécutive que le législateur concerné l'autorise à exercer, toute distinction entre les mesures de cet organisme et celles de la Couronne disparaît rapidement. Dans ce contexte, l'ONÉ est le moyen par lequel la Couronne agit, d'où l'emploi interchangeable dans *Carrier Sekani* des expressions « mesure gouvernementale » et « mesure [. . .] de la Couronne » (par. 42-44). Par conséquent, il importe peu que le décideur ultime dans un projet soit le Cabinet ou l'ONÉ. Dans les deux cas, la décision constitue une mesure de la Couronne qui peut donner naissance à l'obligation de consulter. Comme l'a affirmé en dissidence le juge Rennie de la Cour d'appel fédérale dans *Chippewas of the Thames*, « [l']obligation,

decisions respecting such testing as was proposed here, clearly constitutes Crown action.

C. *Can the Crown Rely on the NEB's Process to Fulfill the Duty to Consult?*

[30] As we have said, while ultimate responsibility for ensuring the adequacy of consultation remains with the Crown, the Crown may rely on steps undertaken by a regulatory agency to fulfill the duty to consult. Whether, however, the Crown is capable of doing so, in whole or in part, depends on whether the agency's statutory duties and powers enable it to do what the duty requires in the particular circumstances (*Carrier Sekani*, at paras. 55 and 60). In the NEB's case, therefore, the question is whether the NEB is able, to the extent it is being relied on, to provide an appropriate level of consultation and, where necessary, accommodation to the Inuit of Clyde River in respect of the proposed testing.

[31] We note that the NEB and *COGOA* each predate judicial recognition of the duty to consult. However, given the flexible nature of the duty, a process that was originally designed for a different purpose may be relied on by the Crown so long as it affords an appropriate level of consultation to the affected Indigenous group (*Beckman*, at para. 39; *Taku River*, at para. 22). Under *COGOA*, the NEB has a significant array of powers that permit extensive consultation. It may conduct hearings, and has broad discretion to make orders or elicit information in furtherance of *COGOA* and the public interest (ss. 5.331, 5.31(1) and 5.32). It can also require

comme l'honneur de la Couronne, ne s'envole pas en fumée simplement parce qu'une décision sans appel a été rendue par un tribunal établi par le Parlement, plutôt que par le Cabinet » (par. 105). La mesure qu'a prise l'ONÉ dans l'exercice du pouvoir qu'il possède, en vertu de l'al. 5(1)b) de la *LOPC*, de prendre la décision ultime concernant des essais tels ceux proposés en l'espèce, constitue manifestement une mesure de la Couronne.

C. *La Couronne peut-elle s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à l'obligation de consulter?*

[30] Comme nous l'avons déjà dit, bien que la Couronne demeure ultimement responsable de veiller au caractère adéquat de la consultation, celle-ci peut s'en remettre aux mesures prises par un organisme de réglementation pour satisfaire à l'obligation de consulter. Cependant, la question de savoir si la Couronne est en mesure de le faire, en tout ou en partie, dépend de la réponse à la question de savoir si les attributions que la loi confère à l'organisme habilite ce dernier à faire ce que l'obligation exige dans les circonstances particulières (*Carrier Sekani*, par. 55 et 60). En conséquence, dans le cas de l'ONÉ, la question consiste à décider si celui-ci peut, dans la mesure où la Couronne s'en remet à lui, assurer un niveau de consultation adéquat et, au besoin, accorder aux Inuits de Clyde River des mesures d'accommodement à l'égard des essais proposés.

[31] Nous constatons que tant l'ONÉ que la *LOPC* sont antérieurs à la reconnaissance judiciaire de l'obligation de consulter. Toutefois, compte tenu du caractère souple de cette obligation, la Couronne peut s'en remettre à un processus qui a été initialement conçu pour une autre fin, tant que ce processus rend possible un niveau approprié de consultation du groupe autochtone touché (*Beckman*, par. 39; *Taku River*, par. 22). En vertu de la *LOPC*, l'ONÉ dispose d'un large éventail de pouvoirs qui permettent une consultation étendue. Il peut tenir des audiences, en plus de posséder un vaste pouvoir discrétionnaire l'habilitant à rendre des ordonnances ou obtenir

studies to be undertaken and impose preconditions to approval (s. 5(4)). In the case of designated projects, it can also (as here) conduct environmental assessments, and establish participant funding programs to facilitate public participation (s. 5.002).<sup>4</sup>

[32] *COGOA* also grants the NEB broad powers to accommodate the concerns of Indigenous groups where necessary. The NEB can attach any terms and conditions it sees fit to an authorization issued under s. 5(1)(b), and can make such authorization contingent on their performance (ss. 5(4) and 5.36(1)). Most importantly, the NEB may require accommodation by exercising its discretion to deny an authorization or by reserving its decision pending further proceedings (ss. 5(1)(b), 5(5) and 5.36(2)).

[33] The NEB has also developed considerable institutional expertise, both in conducting consultations and in assessing the environmental impacts of proposed projects. Where the effects of a proposed project on Aboriginal or treaty rights substantially overlap with the project's potential environmental impact, the NEB is well situated to oversee consultations which seek to address these effects, and to use its technical expertise to assess what forms of accommodation might be available.

[34] In sum, the NEB has (1) the procedural powers necessary to implement consultation; and (2) the remedial powers to, where necessary, accommodate affected Aboriginal claims, or Aboriginal and treaty rights. Its process can therefore be relied on by the Crown to completely or partially fulfill

des renseignements pour l'application de la *LOPC* et dans l'intérêt public (art. 5.331, par. 5.31(1), art. 5.32). Il peut également exiger que des études soient entreprises et imposer des conditions préalables à l'approbation (par. 5(4)). Dans le cas de projets désignés, il peut aussi (comme c'est le cas en l'espèce) réaliser des évaluations environnementales et créer un programme d'aide financière pour faciliter la participation du public (art. 5.002).<sup>4</sup>

[32] La *LOPC* confère aussi à l'ONÉ de vastes pouvoirs d'accommodement afin de répondre, au besoin, aux préoccupations des groupes autochtones. L'ONÉ peut assortir l'autorisation qu'il accorde en vertu de l'al. 5(1)b) de toute condition qu'il juge appropriée, et peut faire dépendre la prise d'effet de cette autorisation de l'exécution de ces conditions (par. 5(4) et 5.36(1)). Plus important encore, l'ONÉ peut exiger que des accommodements soient apportés soit en exerçant son pouvoir discrétionnaire de refuser une autorisation, soit en réservant sa décision pendant le règlement d'autres questions (al. 5(1)b), et par. 5(5) et 5.36(2)).

[33] L'ONÉ a également acquis une importante expertise institutionnelle, tant en effectuant des consultations qu'en évaluant les effets environnementaux des projets proposés. Lorsque les effets d'un projet proposé sur un droit ancestral ou issu d'un traité chevauchent considérablement les répercussions environnementales potentielles du projet, l'ONÉ est bien placé pour superviser les consultations visant l'examen de ces effets, et pour utiliser son expertise technique afin d'évaluer les formes d'accommodement possibles.

[34] En somme, l'ONÉ dispose (1) des pouvoirs procéduraux nécessaires pour mener des consultations et (2) des pouvoirs de réparation lui permettant de prendre, au besoin, des mesures d'accommodement à l'égard des revendications autochtones ou des droits ancestraux ou issus de traités touchés. La

<sup>4</sup> While s. 5.002 (participant funding) and s. 5.331 (public hearings) of *COGOA* were not in force at the time the NEB considered and authorized the project at issue here, they were added later (see S.C. 2015, c. 4, ss. 7 and 13).

<sup>4</sup> Même si les art. 5.002 (aide financière) et 5.331 (audiences publiques) de la *LOPC* n'étaient pas en vigueur lorsque l'ONÉ a examiné et autorisé le projet litigieux en l'espèce, ils ont été ajoutés à la loi par la suite (voir L.C. 2015, c. 4, art. 7 et 13).

the Crown's duty to consult. Whether the NEB's process did so in this case, we consider below.

D. *What Is the NEB's Role in Considering Crown Consultation Before Approval?*

[35] The appellants argue that, as a tribunal empowered to decide questions of law, the NEB *must* exercise its decision-making authority in accordance with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* by evaluating the adequacy of consultation before issuing an authorization for seismic testing. In contrast, the proponents submit that there is no basis in this Court's jurisprudence for imposing this obligation on the NEB. Although the Attorney General of Canada agrees with the appellants that the NEB has the legal capacity to decide constitutional questions when doing so is necessary to its decision-making powers, she argues that the NEB's environmental assessment decision in this case appropriately considered the adequacy of the proponents' consultation efforts.

[36] Generally, a tribunal empowered to consider questions of law must determine whether such consultation was constitutionally sufficient if the issue is properly raised. The power of a tribunal "to decide questions of law implies a power to decide constitutional issues that are properly before it, absent a clear demonstration that the legislature intended to exclude such jurisdiction from the tribunal's power" (*Carrier Sekani*, at para. 69). Regulatory agencies with the authority to decide questions of law have both the duty and authority to apply the Constitution, unless the authority to decide the constitutional issue has been clearly withdrawn (*R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 77). It follows that they must ensure their decisions comply with s. 35 of the *Constitution Act, 1982* (*Carrier Sekani*, at para. 72).

Couronne peut donc s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire, en tout ou en partie, à l'obligation de consulter qui lui incombe. Nous allons examiner ci-après si le processus de l'ONÉ a permis de satisfaire à cette obligation en l'espèce.

D. *Quel est le rôle de l'ONÉ dans l'appréciation de la consultation incombant à la Couronne avant l'approbation d'un projet?*

[35] Les appelants soutiennent que, en tant que tribunal administratif habilité à trancher des questions de droit, l'ONÉ *doit* exercer son pouvoir décisionnel en conformité avec le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et ce, en évaluant le caractère adéquat de la consultation avant d'accorder une autorisation pour des essais sismiques. À l'inverse, les promoteurs plaident que rien dans la jurisprudence de notre Cour ne permet d'imposer cette obligation à l'ONÉ. Bien que la procureure générale du Canada soit d'accord avec les appelants pour dire que l'ONÉ possède la capacité juridique de trancher des questions constitutionnelles lorsque cela est nécessaire dans l'exercice de ses pouvoirs décisionnels, elle soutient que, dans sa décision relative à l'évaluation environnementale en l'espèce, l'ONÉ a examiné de manière appropriée le caractère adéquat des efforts de consultation déployés par les promoteurs.

[36] En général, un tribunal administratif habilité à examiner des questions de droit doit décider si une consultation de ce genre était suffisante sur le plan constitutionnel dans le cas où cette question est régulièrement soulevée devant lui. Le pouvoir d'un tribunal administratif « de statuer en droit emporte celui de trancher une question constitutionnelle dont il est régulièrement saisi, sauf lorsqu'il est clairement établi que le législateur a voulu le priver d'un tel pouvoir » (*Carrier Sekani*, par. 69). Les organismes de réglementation investis du pouvoir de trancher des questions de droit ont le devoir et le pouvoir d'appliquer la Constitution, sauf si le pouvoir de statuer sur la question constitutionnelle a clairement été écarté (*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 77). Il s'ensuit qu'ils doivent s'assurer que leurs décisions sont conformes à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*Carrier Sekani*, par. 72).



[37] The NEB has broad powers under both the *NEB Act* and *COGOA* to hear and determine all relevant matters of fact and law (*NEB Act*, s. 12(2); *COGOA*, s. 5.31(2)). No provision in either statute suggests an intention to withhold from the NEB the power to decide the adequacy of consultation. And, in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, this Court concluded that NEB decisions must conform to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. It follows that the NEB can determine whether the Crown's duty to consult has been fulfilled.

[38] We note that the majority at the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames* considered that this issue was not properly before the NEB. It distinguished *Carrier Sekani* on the basis that the Crown was not a party to the NEB hearing in *Chippewas of the Thames*, while the Crown (in the form of BC Hydro, a Crown corporation) was a party in the utilities commission proceedings in *Carrier Sekani*. Based on the authority of *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500, the majority of the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames* reasoned that the NEB is not required to evaluate whether the Crown's duty to consult had been triggered (or whether it was satisfied) before granting a resource project authorization, except where the Crown is a party before the NEB.

[39] The difficulty with this view, however, is that — as we have explained — action taken by the NEB in furtherance of its powers under s. 5(1)(b) of *COGOA* to make final decisions is *itself* Crown conduct which triggers the duty to consult. Nor, respectfully, can we agree with the majority of the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames* that an NEB decision will comply with s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* so long as the NEB ensures the proponents engage in a “dialogue” with potentially affected Indigenous groups (para. 62). If the Crown's duty to consult has been

[37] L'ONÉ dispose, tant en vertu de la *Loi sur l'ONÉ* que de la *LOPC*, de vastes pouvoirs l'autorisant à entendre et à trancher toute question pertinente de droit et de fait (*Loi sur l'ONÉ*, par. 12(2); *LOPC*, par. 5.31(2)). Aucune disposition de l'une ou l'autre de ces lois ne tend à indiquer que le législateur entendait priver l'ONÉ du pouvoir de statuer sur le caractère adéquat de la consultation. De plus, dans *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, notre Cour a conclu que les décisions de l'ONÉ doivent respecter le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, l'ONÉ peut décider s'il a été satisfait à l'obligation de consulter de la Couronne.

[38] Nous constatons que, dans l'affaire *Chippewas of the Thames*, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont considéré que l'ONÉ n'avait pas été régulièrement saisi de cette question. Ils ont distingué cette affaire de l'arrêt *Carrier Sekani* sur la base que, dans *Chippewas of the Thames*, la Couronne n'était pas partie à l'audience devant l'ONÉ, tandis que dans *Carrier Sekani* la Couronne (par l'entremise de BC Hydro, une société d'État) était partie à l'instance devant la commission des services d'utilité publique. Se fondant sur l'arrêt *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale dans *Chippewas of the Thames* ont estimé que l'ONÉ n'est pas tenu de se demander si l'obligation de consulter incombant à la Couronne a pris naissance (ou s'il a été satisfait à cette obligation) avant d'autoriser un projet lié aux ressources, sauf dans le cas où la Couronne est une partie à l'instance devant l'ONÉ.

[39] Toutefois, la difficulté que soulève cette opinion est que — comme nous l'avons expliqué — les mesures prises par l'ONÉ en application de son pouvoir de rendre des décisions définitives en vertu de l'al. 5(1)b de la *LOPC* sont *elles-mêmes* des mesures prises par la Couronne qui donnent naissance à l'obligation de consulter. Nous ne pouvons pas non plus, soit dit en tout respect, souscrire à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire connexe *Chippewas of the Thames* selon laquelle une décision de l'ONÉ respecte le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans

triggered, a decision maker may only proceed to approve a project if Crown consultation is adequate. Although in many cases the Crown will be able to rely on the NEB's processes as meeting the duty to consult, because the NEB is the final decision maker, the key question is whether the duty is fulfilled prior to project approval (*Haida*, at para. 67). Accordingly, where the Crown's duty to consult an affected Indigenous group with respect to a project under *COGOA* remains unfulfilled, the NEB must withhold project approval. And, where the NEB fails to do so, its approval decision should (as we have already said) be quashed on judicial review, since the duty to consult must be fulfilled prior to the action that could adversely affect the right in question (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 78).

[40] Some commentators have suggested that the NEB, in view of its mandate to decide issues in the public interest, cannot effectively account for Aboriginal and treaty rights and assess the Crown's duty to consult (see R. Freedman and S. Hansen, "Aboriginal Rights vs. The Public Interest", prepared for Pacific Business & Law Institute Conference, Vancouver, B.C. (February 26-27, 2009) (online), at pp. 4 and 14). We do not, however, see the public interest and the duty to consult as operating in conflict. As this Court explained in *Carrier Sekani*, the duty to consult, being a constitutional imperative, gives rise to a special public interest that supersedes other concerns typically considered by tribunals tasked with assessing the public interest (para. 70). A project authorization that breaches the constitutionally protected rights of Indigenous peoples cannot serve the public interest (*ibid.*).

[41] This leaves the question of what a regulatory agency must do where the adequacy of Crown

la mesure où l'ONÉ s'assure que les promoteurs participent à des « discussions » avec les groupes autochtones susceptibles d'être touchés (par. 62). Si l'obligation de la Couronne de consulter a pris naissance, un décideur ne peut approuver un projet que si la consultation incombant à la Couronne est adéquate. Même si dans bien des cas la Couronne peut s'en remettre aux processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter, étant donné que c'est l'ONÉ qui prend la décision définitive, la question fondamentale consiste à décider s'il a été satisfait à l'obligation avant l'approbation du projet (*Haida*, par. 67). En conséquence, lorsque la Couronne n'a pas satisfait à son obligation de consulter les groupes autochtones touchés par un projet visé par la *LOPC*, l'ONÉ doit refuser d'approuver le projet. S'il l'approuve, sa décision devrait (comme nous l'avons dit précédemment) être annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, puisque l'obligation de consulter doit être respectée avant la prise de mesures susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur le droit en question (*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 78).

[40] Certains auteurs affirment que, comme l'ONÉ a pour mission de trancher des questions dans l'intérêt public, il ne peut, de manière effective, tenir compte des droits ancestraux et issus de traités et apprécier l'obligation de consulter de la Couronne (voir R. Freedman et S. Hansen, « Aboriginal Rights vs. The Public Interest », préparé pour une conférence du Pacific Business & Law Institute, Vancouver, C.-B. (26-27 février 2009) (en ligne), p. 4 et 14). À notre avis, cependant, l'intérêt public et l'obligation de consulter ne sont pas incompatibles. Comme l'a expliqué la Cour dans *Carrier Sekani*, en tant qu'impératif constitutionnel, l'obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial, qui l'emporte sur les autres préoccupations dont tiennent habituellement compte les tribunaux administratifs appelés à évaluer l'intérêt public (par. 70). Lorsque l'autorisation accordée à l'égard d'un projet viole les droits constitutionnels des peuples autochtones, cette autorisation ne saurait servir l'intérêt public (*ibid.*).

[41] Il reste à déterminer ce qu'un organisme de réglementation doit faire dans les cas où se soulève

consultation is raised before it. When affected Indigenous groups have squarely raised concerns about Crown consultation with the NEB, the NEB must usually address those concerns in reasons, particularly in respect of project applications requiring deep consultation. Engagement of the honour of the Crown does not predispose a certain outcome, but promotes reconciliation by imposing obligations on the manner and approach of government (*Haida*, at paras. 49 and 63). Written reasons foster reconciliation by showing affected Indigenous peoples that their rights were considered and addressed (*Haida*, at para. 44). Reasons are “a sign of respect [which] displays the requisite comity and courtesy becoming the Crown as Sovereign toward a prior occupying nation” (*Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, at para. 117 (CanLII)). Written reasons also promote better decision making (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 39).

[42] This does not mean, however, that the NEB is always required to review the adequacy of Crown consultation by applying a formulaic “*Haida* analysis”, as the appellants suggest. Nor will explicit reasons be required in every case. The degree of consideration that is appropriate will depend on the circumstances of each case. But where deep consultation is required and the affected Indigenous peoples have made their concerns known, the honour of the Crown will usually oblige the NEB, where its approval process triggers the duty to consult, to explain how it considered and addressed these concerns.

E. *Was the Consultation Adequate in This Case?*

[43] The Crown acknowledges that deep consultation was required in this case, and we agree. As

devant lui la question du caractère adéquat de la consultation incombant à la Couronne. Lorsque les groupes autochtones touchés soulèvent directement auprès de l’ONÉ des préoccupations concernant la consultation qui a été menée par la Couronne, l’ONÉ doit habituellement traiter de ces préoccupations dans des motifs, plus particulièrement s’il s’agit d’une demande d’approbation de projet requérant une consultation approfondie. Le fait que l’honneur de la Couronne soit en jeu ne permet pas de préjuger d’un résultat donné, mais favorise la réconciliation en imposant des obligations quant à l’approche et à la façon de faire du gouvernement (*Haida*, par. 49 et 63). L’existence de motifs écrits favorise la réconciliation, parce que ces motifs montrent aux peuples autochtones touchés que leurs droits ont été considérés et comment on en a tenu compte (*Haida*, par. 44). Des motifs constituent [TRADUCTION] « une marque de respect [qui] démontre la courtoisie dont doit faire preuve la Couronne en tant que souverain envers une nation qui occupait le territoire avant elle » (*Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, par. 117 (CanLII)). Les motifs écrits favorisent également une meilleure prise de décision (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 39).

[42] Cependant, cela ne signifie pas, contrairement à ce qu’affirment les appelants, que l’ONÉ est toujours tenu d’examiner le caractère adéquat de la consultation qui a été menée en appliquant mécaniquement l’« analyse requise par l’arrêt *Haida* ». Des motifs explicites ne sont pas non plus requis dans tous les cas. L’étendue de l’analyse qui conviendra variera selon les circonstances propres à chaque cas. Mais dans les cas où une consultation approfondie est nécessaire et que les peuples autochtones touchés ont fait connaître leurs préoccupations, l’honneur de la Couronne obligera généralement l’ONÉ, lorsque son processus d’approbation donne naissance à l’obligation de consulter, à expliquer de quelle manière il a considéré ces préoccupations et il en a tenu compte.

E. *La consultation a-t-elle été adéquate en l’espèce?*

[43] La Couronne reconnaît qu’une consultation approfondie était requise dans le cas qui nous

this Court explained in *Haida*, deep consultation is required “where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high” (para. 44). Here, the appellants had *established treaty rights* to hunt and harvest marine mammals. These rights were acknowledged at the Federal Court of Appeal as being extremely important to the appellants for their economic, cultural, and spiritual well-being (para. 2). Jerry Natanine, the former mayor of Clyde River, explained that hunting marine mammals “provides us with nutritious food; enables us to take part in practices we have maintained for generations; and enables us to maintain close relationships with each other through the sharing of what we call ‘country food’” (A.R., vol. II, at p. 197). The importance of these rights was also recently recognized by the Nunavut Court of Justice:

The Inuit right which is of concern in this matter is the right to harvest marine mammals. Many Inuit in Nunavut rely on country food for the majority of their diet. Food costs are very high and many would be unable to purchase food to replace country food if country food were unavailable. Country food is recognized as being of higher nutritional value than purchased food. But the inability to harvest marine mammals would impact more than . . . just the diet of Inuit. The cultural tradition of sharing country food with others in the community would be lost. The opportunity to make traditional clothing would be impacted. The opportunity to participate in the hunt, an activity which is fundamental to being Inuk, would be lost. The Inuit right which is at stake is of high significance. This suggests a significant level of consultation and accommodation is required.

(*Qikiqtani Inuit Assn. v. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263, at para. 25)

occupe, et nous en convenons. Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Haida*, une consultation approfondie est requise dans « les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l’atteinte potentielle sont d’une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé » (par. 44). En l’espèce, les appelants possèdent des *droits issus de traités établis* leur permettant de chasser et de récolter des mammifères marins. La Cour d’appel fédérale a reconnu que ces droits étaient extrêmement importants pour le bien-être économique, culturel et spirituel des appelants (par. 2). Jerry Natanine, l’ancien maire de Clyde River, a fourni les explications qui suivent à ce sujet : [TRADUCTION] « [la chasse aux mammifères marins] nous fournit des aliments nutritifs, en plus de nous permettre d’exercer des pratiques observées depuis des générations et d’entretenir d’étroites relations les uns avec les autres grâce au partage de ce que nous appelons les “aliments traditionnels” » (d.a., vol. II, p. 197). Récemment, la Cour de justice du Nunavut a également reconnu l’importance de ces droits :

[TRADUCTION] Le droit inuit qui nous intéresse en l’espèce est le droit de récolter les mammifères marins. Le régime alimentaire de nombreux Inuits au Nunavut se compose en grande partie d’aliments traditionnels. Le coût des aliments est très élevé, et plusieurs habitants seraient dans l’incapacité d’acheter des aliments pour remplacer les aliments traditionnels si ceux-ci n’étaient plus disponibles. Il est reconnu que les aliments traditionnels ont une valeur nutritive plus élevée que les aliments achetés. Cependant, l’incapacité de récolter des mammifères marins n’aurait pas uniquement des répercussions sur le régime alimentaire des Inuits. La tradition culturelle qu’ont les Inuits de partager les aliments traditionnels entre eux dans la communauté serait perdue. La fabrication de vêtements traditionnels serait aussi touchée. Les Inuits perdraient la possibilité de participer à la chasse, une activité qui constitue un aspect fondamental de l’identité inuite. Le droit des Inuits qui est en jeu est d’une grande importance, d’où la nécessité d’une consultation approfondie et de mesures d’accommodement substantielles.

(*Qikiqtani Inuit Assn. c. Canada (Minister of Natural Resources)*, 2010 NUCJ 12, 54 C.E.L.R. (3d) 263, par. 25)

[44] The risks posed by the proposed testing to these treaty rights were also high. The NEB’s environmental assessment concluded that the project could increase the mortality risk of marine mammals, cause permanent hearing damage, and change their migration routes, thereby affecting traditional resource use. Given the importance of the rights at stake, the significance of the potential impact, and the risk of non-compensable damage, the duty owed in this case falls at the highest end of the spectrum.

[45] Bearing this in mind, the consultation that occurred here fell short in several respects. First, the inquiry was misdirected. While the NEB found that the proposed testing was not likely to cause significant adverse environmental effects, and that any effects on traditional resource use could be addressed by mitigation measures, the consultative inquiry is not properly into environmental effects *per se*. Rather, it inquires into the impact on the *right*. No consideration was given in the NEB’s environmental assessment to the source — in a treaty — of the appellants’ rights to harvest marine mammals, nor to the impact of the proposed testing on those rights.

[46] Furthermore, although the Crown relies on the processes of the NEB as fulfilling its duty to consult, that was not made clear to the Inuit. The significance of the process was not adequately explained to them.

[47] Finally, and most importantly, the process provided by the NEB did not fulfill the Crown’s duty to conduct deep consultation. Deep consultation “may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision” (*Haida*, at para. 44). Despite the NEB’s broad powers under *COGOA* to afford those advantages, limited opportunities for participation and consultation were made available to the appellants.

[44] Les essais proposés comportent également des risques importants pour ces droits issus de traités. Selon l’évaluation environnementale de l’ONÉ, ce projet est susceptible d’accroître le risque de mortalité chez les mammifères marins, de causer des dommages permanents à leur ouïe et de modifier leurs routes migratoires, situation qui a en conséquence une incidence sur l’utilisation des ressources traditionnelles. En raison de l’importance du droit en jeu, de la portée des effets potentiels et du risque de préjudice non indemnisable, l’obligation qui s’impose dans la présente affaire se situe à l’extrémité supérieure du continuum.

[45] Dans cette optique, la consultation qui a eu lieu en l’espèce a été lacunaire à plusieurs égards. Premièrement, la consultation était mal orientée. Bien que l’ONÉ ait conclu que les essais proposés n’étaient pas susceptibles d’avoir des effets environnementaux négatifs importants, et que tout effet sur l’utilisation des ressources traditionnelles pourrait faire l’objet de mesures d’atténuation, le processus consultatif ne vise pas vraiment les effets environnementaux en tant que tels, mais plutôt les effets sur le *droit*. Dans son évaluation environnementale, l’ONÉ n’a pas pris en considération la source — un traité — des droits des appelants de récolter des mammifères marins, ni l’incidence des essais proposés sur ces droits.

[46] Deuxièmement, il n’a pas été indiqué clairement aux Inuits que la Couronne s’en remettait aux processus de l’ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. L’importance du processus ne leur a pas été expliquée adéquatement.

[47] Enfin, élément le plus important, le processus de l’ONÉ n’a pas permis de satisfaire à l’obligation de la Couronne de mener une consultation approfondie. Une telle consultation « pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l’incidence de ces préoccupations sur la décision » (*Haida*, par. 44). Malgré les vastes pouvoirs que la *LOPC* confère à l’ONÉ pour offrir de telles mesures avantageuses, les appelants n’ont bénéficié

Unlike many NEB proceedings, including the proceedings in *Chippewas of the Thames*, there were no oral hearings. Although the appellants submitted scientific evidence to the NEB, this was done without participant funding. Again, this stands in contrast to *Chippewas of the Thames*, where the consultation process was far more robust. In that case, the NEB held oral hearings, the appellants received funding to participate in the hearings, and they had the opportunity to present evidence and a final argument.<sup>5</sup> While these procedural protections are characteristic of an adversarial process, they may be required for meaningful consultation (*Haida*, at para. 41) and do not transform its underlying objective: fostering reconciliation by promoting an ongoing relationship (*Carrier Sekani*, at para. 38).

[48] The consultation in this case also stands in contrast to *Taku River* where, despite its entitlement to consultation falling only at the midrange of the spectrum (para. 32), the Taku River Tlingit First Nation, with financial assistance (para. 37), fully participated in the assessment process as a member of the project committee, which was “the primary engine driving the assessment process” (paras. 3, 8 and 40).

[49] While these procedural safeguards are not always necessary, their absence in this case significantly impaired the quality of consultation. Although the appellants had the opportunity to question the proponents about the project during the NEB meetings in the spring of 2013, the proponents were unable to answer many questions, including

<sup>5</sup> The NEB process in *Chippewas of the Thames* was undertaken pursuant to the *NEB Act*, not *COGOA*. Under the *NEB Act*, the NEB had at the relevant time, and still has today, explicit statutory powers to conduct public hearings (s. 24) and provide participant funding for such hearings (s. 16.3). As noted above, Parliament conferred similar powers upon the NEB under *COGOA* in 2015.

que de très peu de possibilités de participation et de consultation. Contrairement à de nombreuses autres instances de l'ONÉ, y compris celle dans l'affaire *Chippewas of the Thames*, il n'y a pas eu d'audiences en l'espèce. Bien que les appelants aient soumis des éléments de preuve scientifique à l'ONÉ, ils l'ont fait sans recevoir d'aide financière à l'intention des participants. Une autre situation qui contraste avec l'affaire *Chippewas of the Thames*, où le processus de consultation a été beaucoup plus robuste. Dans cette affaire, l'ONÉ a tenu des audiences, les appelants ont reçu des fonds pour y participer et ils ont eu l'occasion de présenter des éléments de preuve et des observations finales<sup>5</sup>. Quoique ces garanties procédurales constituent des caractéristiques d'un processus contradictoire, elles peuvent être nécessaires pour qu'une véritable consultation ait lieu (*Haida*, par. 41) et elles ne transforment pas l'objectif sous-jacent de cette consultation, soit encourager la réconciliation tout en favorisant le maintien de relations constantes (*Carrier Sekani*, par. 38).

[48] La consultation qui s'est déroulée en l'espèce contraste également avec celle tenue dans l'affaire *Taku River* où, même si elle avait droit uniquement à un niveau de consultation se trouvant à mi-chemin du continuum (par. 32), la Première Nation Tlingit de Taku River a obtenu de l'aide financière (par. 37) et a participé pleinement au processus d'évaluation en tant que membre du comité responsable du projet, comité qui était le « principal moteur du processus d'évaluation » (par. 3, 8 et 40).

[49] Bien que ces garanties procédurales ne soient pas toujours nécessaires, leur absence en l'espèce a réduit de façon importante la qualité de la consultation. Même si les appelants ont eu la possibilité d'interroger les promoteurs au sujet du projet lors des rencontres organisées par l'ONÉ au printemps 2013, ces derniers ont été incapables de répondre à

<sup>5</sup> Le processus suivi par l'ONÉ dans l'affaire *Chippewas of the Thames* s'est déroulé conformément à la *Loi sur l'ONÉ*, et non à la *LOPC*. En vertu de la *Loi sur l'ONÉ*, l'ONÉ possédait au moment pertinent, et possède encore aujourd'hui, le pouvoir explicite de tenir des audiences publiques (art. 24) et de verser de l'aide financière en vue de faciliter la participation à de telles audiences (art. 16.3). Comme il a été indiqué précédemment, le Parlement a conféré à l'ONÉ des pouvoirs similaires dans la *LOPC* en 2015.

basic questions about the effect of the proposed testing on marine mammals. The proponents did eventually respond to these questions; however, they did so in a 3,926 page document which they submitted to the NEB. This document was posted on the NEB website and delivered to the hamlet offices in Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak and Iqaluit. Internet speed is slow in Nunavut, however, and bandwidth is expensive. The former mayor of Clyde River deposed that he was unable to download this document because it was too large. Furthermore, only a fraction of this enormous document was translated into Inuktitut. To put it mildly, furnishing answers to questions that went to the heart of the treaty rights at stake in the form of a practically inaccessible document dump months after the questions were initially asked in person is not true consultation. “[C]onsultation’ in its least technical definition is talking together for mutual understanding” (T. Isaac and A. Knox, “The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People” (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, at p. 61). No mutual understanding on the core issues — the potential impact on treaty rights, and possible accommodations — could possibly have emerged from what occurred here.

[50] The fruits of the Inuit’s limited participation in the assessment process here are plain in considering the accommodations recorded by the NEB’s environmental assessment report. It noted changes made to the project as a result of consultation, such as a commitment to ongoing consultation, the placement of community liaison officers in affected communities, and the design of an Inuit Qaujimajatuqangit (Inuit traditional knowledge) study. The proponents also committed to installing passive acoustic monitoring on the ship to be used in the proposed testing to avoid collisions with marine mammals.

de nombreuses questions, y compris des questions de base sur les effets des essais proposés sur les mammifères marins. Les promoteurs ont finalement répondu à ces questions; cependant, ils l’ont fait dans un document de 3 926 pages, qu’ils ont soumis à l’ONÉ. Ce document a été affiché sur le site Web de l’ONÉ et remis aux bureaux des hameaux de Pond Inlet, Clyde River, Qikiqtajuak et Iqualuit. Toutefois, l’Internet est lent au Nunavut, et la bande passante est coûteuse. L’ancien maire de Clyde River a déclaré avoir été incapable de télécharger le document, puisque celui-ci était trop volumineux. De plus, une fraction seulement de cet énorme document a été traduite en inuktitut. Le moins que l’on puisse dire, c’est que le fait de répondre à des questions qui touchent à l’essence des droits issus de traités en cause au moyen d’un amas documentaire pratiquement inaccessible, et ce, des mois après que les questions aient été posées en personne ne constitue pas une véritable consultation. Selon des auteurs, le mot [TRADUCTION] « “consultation”, dans son sens le moins technique, s’entend de l’action de se parler dans le but de se comprendre les uns les autres » (T. Isaac et A. Knox, « The Crown’s Duty to Consult Aboriginal People » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 49, p. 61). Aucune compréhension mutuelle sur les points fondamentaux — à savoir les effets potentiels sur les droits issus de traités et les possibles accommodements — n’aurait pu vraiment aboutir de ce qui s’est déroulé dans la présente affaire.

[50] Les fruits de la participation limitée des Inuits au processus d’évaluation en l’espèce ressortent clairement de l’examen des mesures d’accommodement consignées dans le rapport d’évaluation environnementale de l’ONÉ. Il y est fait état des changements apportés au projet par suite de la consultation, par exemple un engagement à poursuivre les consultations, l’affectation d’agents de liaison auprès de la communauté dans les communautés touchées et un projet d’étude sur les Inuit Qaujimajatuqangit (connaissances traditionnelles inuites). Les promoteurs se sont aussi engagés à doter le navire devant être utilisé pour les essais proposés d’appareils de surveillance acoustique passive afin d’éviter les collisions avec des mammifères marins.

[51] These changes were, however, insignificant concessions in light of the potential impairment of the Inuit's treaty rights. Further, passive acoustic monitoring was no concession at all, since it is a requirement of the Statement of Canadian Practice With Respect to the Mitigation of Seismic Sound in the Marine Environment which provides "minimum standards, which will apply in all non-ice covered marine waters in Canada" (A.R., vol. I, at p. 40), and which would be included in virtually all seismic testing projects. None of these putative concessions, nor the NEB's reasons themselves, gave the Inuit any reasonable assurance that their constitutionally protected treaty rights were considered as *rights*, rather than as an afterthought to the assessment of environmental concerns.

[52] The consultation process here was, in view of the Inuit's established treaty rights and the risk posed by the proposed testing to those rights, significantly flawed. Had the appellants had the resources to submit their own scientific evidence, and the opportunity to test the evidence of the proponents, the result of the environmental assessment could have been very different. Nor were the Inuit given meaningful responses to their questions regarding the impact of the testing on marine life. While the NEB considered potential impacts of the project on marine mammals and on Inuit traditional resource use, its report does not acknowledge, or even mention, the Inuit treaty rights to harvest wildlife in the Nunavut Settlement Area, or that deep consultation was required.

#### IV. Conclusion

[53] For the foregoing reasons, we conclude that the Crown breached its duty to consult the appellants in respect of the proposed testing. We would allow the appeal with costs to the appellants, and quash the NEB's authorization.

*Appeal allowed with costs.*

[51] Cependant, ces changements ne représentaient que des concessions négligeables au regard de l'atteinte potentielle aux droits issus de traités des Inuits. En outre, la surveillance acoustique passive ne constituait aucunement une concession, puisqu'elle est exigée par l'Énoncé des pratiques canadiennes d'atténuation des ondes sismiques en milieu marin, lequel énonce des « normes minimales, qui s'appliquent dans toutes les eaux marines du Canada libres de glace » (d.a., vol. I, p. 40), et qui figureraient virtuellement dans tous les projets d'essais sismiques. Aucune de ces soi-disant concessions, ni les motifs eux-mêmes exposés par l'ONÉ, n'ont donné aux Inuits une assurance raisonnable que leurs droits issus de traités protégés par la Constitution avaient été considérés en tant que *droits*, plutôt que comme un aspect accessoire de l'évaluation des préoccupations environnementales.

[52] Compte tenu des droits issus de traités établis que possèdent les Inuits et des risques que posent pour ces droits les essais proposés, le processus de consultation qui s'est déroulé en l'espèce a comporté d'importantes lacunes. Si les appelants avaient disposé des ressources nécessaires pour présenter leur propre preuve scientifique, et s'ils avaient eu l'occasion de vérifier la validité de la preuve des promoteurs, le résultat de l'évaluation environnementale aurait pu être bien différent. Les Inuits n'ont pas non plus reçu de réponses concrètes à leurs questions au sujet de l'effet des essais sur la vie marine. Bien que l'ONÉ ait examiné les répercussions potentielles du projet sur les mammifères marins et sur l'utilisation traditionnelle des ressources par les Inuits, son rapport ne reconnaît pas, ni même ne mentionne, l'existence des droits issus de traités des Inuits de récolter des ressources fauniques au Nunavut ou le fait qu'une consultation approfondie était nécessaire.

#### IV. Conclusion

[53] Pour ces motifs, nous concluons que la Couronne a manqué à son obligation de consulter les appelants au sujet des essais proposés. Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants, et d'annuler l'autorisation de l'ONÉ.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*



*Solicitors for the appellants: Stockwoods, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) and TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS): Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the intervener Nunavut Tunngavik Incorporated: Woodward & Company, Victoria; Nunavut Tunngavik Incorporated, Iqaluit.*

*Solicitors for the intervener the Makivik Corporation: Dionne Schulze, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Nunavut Wildlife Management Board: Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Inuvialuit Regional Corporation: Inuvialuit Regional Corporation, Inuvik; Olthuis Kleeer Townshend, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Procureurs des appelants : Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs des intimées Petroleum Geo-Services Inc. (PGS), Multi Klient Invest As (MKI) et TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS) : Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

*Procureure de l'intimée la procureure générale du Canada : Procureure générale du Canada, Saskatoon.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureurs de l'intervenante Nunavut Tunngavik Incorporated : Woodward & Company, Victoria; Nunavut Tunngavik Incorporated, Iqaluit.*

*Procureurs de l'intervenante Makivik Corporation : Dionne Schulze, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut : Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Inuvialuit Regional Corporation : Inuvialuit Regional Corporation, Inuvik; Olthuis Kleeer Townshend, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Chiefs of Ontario : Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

**Chippewas of the Thames First Nation**  
*Appellant*

v.

**Enbridge Pipelines Inc.,  
National Energy Board and  
Attorney General of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Nunavut Wildlife Management Board,  
Suncor Energy Marketing Inc.,  
Mohawk Council of Kahnawà:ke,  
Mississaugas of the New Credit First Nation  
and Chiefs of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: CHIPPEWAS OF THE THAMES FIRST  
NATION v. ENBRIDGE PIPELINES INC.**

**2017 SCC 41**

File No.: 36776.

2016: November 30; 2017: July 26.

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

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

*Constitutional law — Aboriginal rights — Treaty rights — Crown — Duty to consult — Decision by federal independent regulatory agency which could impact Aboriginal and treaty rights — Pipeline crossing traditional territory of First Nation — National Energy Board approving modification of pipeline — Whether Board's contemplated decision on project's approval amounted to Crown conduct triggering duty to consult — Whether Crown consultation can be conducted through regulatory process — Role of regulatory tribunal when Crown not a party to regulatory process — Scope of duty to consult — Whether there was adequate notice to First Nation that Crown was relying on Board's process to fulfill its duty to consult — Whether Crown's consultation obligation fulfilled — Whether Board's written reasons were sufficient*

**Chippewas of the Thames First Nation**  
*Appelante*

c.

**Pipelines Enbridge inc.,  
Office national de l'énergie et  
procureure générale du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureur général de la Saskatchewan,  
Conseil de gestion des ressources fauniques  
du Nunavut, Suncor Energy Marketing Inc.,  
Mohawk Council of Kahnawà:ke,  
Mississaugas of the New Credit First Nation  
et Chiefs of Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CHIPPEWAS OF THE THAMES FIRST  
NATION c. PIPELINES ENBRIDGE INC.**

**2017 CSC 41**

N° du greffe : 36776.

2016 : 30 novembre; 2017 : 26 juillet.

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

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

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consultation — Décision d'un organisme de réglementation fédéral indépendant qui pourrait avoir une incidence sur des droits ancestraux et issus de traités — Pipeline traversant le territoire traditionnel d'une première nation — Approbation par l'Office national de l'énergie d'une modification du pipeline — La décision envisagée par l'Office relativement à l'approbation du projet peut-elle être considérée comme une mesure de la Couronne ayant donné naissance à l'obligation de consulter? — La consultation incombant à la Couronne peut-elle être menée dans le cadre d'un processus réglementaire? — Rôle d'un tribunal administratif lorsque la Couronne n'est pas partie au processus réglementaire — Étendue*

*to satisfy Crown's obligation — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 58.*

The National Energy Board (NEB), a federal administrative tribunal and regulatory agency, was the final decision maker on an application by Enbridge Pipelines Inc. for a modification to a pipeline that would reverse the flow of part of the pipeline, increase its capacity, and enable it to carry heavy crude. The NEB issued notice to Indigenous groups, including the Chippewas of the Thames First Nation (Chippewas), informing them of the project, the NEB's role, and the NEB's upcoming hearing process. The Chippewas were granted funding to participate in the process, and they filed evidence and delivered oral argument delineating their concerns that the project would increase the risk of pipeline ruptures and spills, which could adversely impact their use of the land. The NEB approved the project, and was satisfied that potentially affected Indigenous groups had received adequate information and had the opportunity to share their views. The NEB also found that potential project impacts on the rights and interests of Aboriginal groups would likely be minimal and would be appropriately mitigated. A majority of the Federal Court of Appeal dismissed the Chippewas' appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

When an independent regulatory agency such as the NEB is tasked with a decision that could impact Aboriginal or treaty rights, the NEB's decision would itself be Crown conduct that implicates the Crown's duty to consult. As a statutory body with the delegated executive responsibility to make a decision that could adversely affect Aboriginal and treaty rights, the NEB acted on behalf of the Crown in approving Enbridge's application. Because the authorized work could potentially adversely affect the Chippewas' asserted Aboriginal and treaty rights, the Crown had an obligation to consult.

The Crown may rely on steps taken by an administrative body to fulfill its duty to consult so long as the

*de l'obligation de consulter — La première nation a-t-elle été avisée adéquatement du fait que la Couronne s'en remettait au processus de l'Office pour satisfaire à son obligation de consulter? — La Couronne s'est-elle acquittée de son obligation de consulter? — Les motifs écrits de l'Office étaient-ils suffisants pour satisfaire à l'obligation de la Couronne? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 58.*

L'Office national de l'énergie (ONÉ), tribunal administratif fédéral et organisme de réglementation, était le décideur ultime concernant une demande présentée par Pipelines Enbridge inc. en vue que soit apportée à une canalisation une modification qui aurait pour effet d'inverser le sens de l'écoulement dans une partie du pipeline, d'accroître sa capacité et de permettre le transport de pétrole brut lourd. L'ONÉ a envoyé un avis à des groupes autochtones, y compris aux Chippewas of the Thames First Nation (Chippewas), afin de les informer du projet, du rôle de l'ONÉ et du processus d'audience à venir. Les Chippewas ont obtenu les fonds nécessaires pour participer au processus, et ils ont déposé des éléments de preuve et présenté des observations orales à l'audience faisant état de leur crainte que le projet n'augmente le risque de ruptures du pipeline et de déversements, ce qui pourrait avoir des effets préjudiciables sur leur utilisation du territoire. L'ONÉ a approuvé le projet, estimant que les groupes autochtones susceptibles d'être touchés avaient été suffisamment renseignés à son sujet et avaient eu l'occasion de faire connaître leurs points de vue. L'ONÉ a également conclu que les effets éventuels du projet sur les droits et les intérêts des groupes autochtones seraient vraisemblablement négligeables et atténués de façon convenable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont rejeté l'appel des Chippewas.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Lorsqu'un organisme de réglementation indépendant tel l'ONÉ doit rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités, la décision de l'ONÉ constituerait en soi une mesure de la Couronne emportant pour celle-ci une obligation de consulter. En tant qu'organisme d'origine législative investi du pouvoir délégué de rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux et issus de traités, l'ONÉ agissait au nom de la Couronne lorsqu'il a approuvé la demande d'Enbridge. Comme les travaux autorisés étaient susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités invoqués par les Chippewas, la Couronne avait une obligation de consulter.

La Couronne peut se fonder sur les mesures prises par un organisme administratif pour satisfaire à son obligation

agency possesses the statutory powers to do what the duty to consult requires in the particular circumstances, and so long as it is made clear to the affected Indigenous group that the Crown is so relying. However, if the agency's statutory powers are insufficient in the circumstances or if the agency does not provide adequate consultation and accommodation, the Crown must provide further avenues for meaningful consultation and accommodation prior to project approval. Otherwise, a regulatory decision made on the basis of inadequate consultation will not satisfy constitutional standards and should be quashed.

A regulatory tribunal's ability to assess the Crown's duty to consult does not depend on whether the government participated in the hearing process. The Crown's constitutional obligation does not disappear when the Crown acts to approve a project through a regulatory body such as the NEB. It must be discharged before the government proceeds with approval of a project that could adversely affect Aboriginal or treaty rights. As the final decision maker on certain projects, the NEB is obliged to consider whether the Crown's consultation was adequate if the concern is raised before it. The responsibility to ensure the honour of the Crown is upheld remains with the Crown. However, administrative decision makers have both the obligation to decide necessary questions of law and an obligation to make decisions within the contours of the state's constitutional obligations.

The duty to consult is not the vehicle to address historical grievances. The subject of the consultation is the impact on the claimed rights of the current decision under consideration. Even taking the strength of the Chippewas' claim and the seriousness of the potential impact on the claimed rights at their highest, the consultation undertaken in this case was manifestly adequate. Potentially affected Indigenous groups were given early notice of the NEB's hearing and were invited to participate in the process. The Chippewas accepted the invitation and appeared before the NEB. They were aware that the NEB was the final decision maker. Moreover, they understood that no other Crown entity was involved in the process for the purposes of carrying out consultation. The circumstances of this case made it sufficiently clear to the Chippewas that the NEB process was intended to constitute Crown consultation and accommodation. Notwithstanding the Crown's failure to provide timely notice that it intended to

de consulter, dans la mesure où ce dernier dispose du pouvoir légal de faire ce que l'obligation de consulter impose dans les circonstances, et dans la mesure où il est clairement indiqué au groupe autochtone touché que la Couronne s'en remet à ce processus. Toutefois, si les pouvoirs que la loi confère à l'organisme sont insuffisants dans les circonstances, ou si l'organisme ne prévoit pas des consultations et des accommodements adéquats, la Couronne doit prévoir d'autres avenues de consultation et d'accommodement véritables avant que le projet ne soit approuvé. Autrement, la décision que l'organisme de réglementation aura prise sans consultation adéquate ne respectera pas les normes constitutionnelles et devrait être annulée.

Le pouvoir d'un tribunal administratif d'apprécier l'obligation de consulter de la Couronne n'est pas tributaire de la participation du gouvernement au processus d'audience. L'obligation constitutionnelle de la Couronne ne disparaît pas lorsqu'elle s'engage dans le processus d'approbation d'un projet par l'intermédiaire d'un organisme de réglementation tel l'ONÉ. Il doit être satisfait à cette obligation avant que le gouvernement n'approuve un projet susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités. En tant que décideur ultime en ce qui concerne certains projets, l'ONÉ doit, lorsque la question est soulevée devant lui, se demander si les consultations par la Couronne relativement à un projet donné ont été adéquates. La responsabilité de veiller à ce que l'honneur de la Couronne soit préservé continue de reposer sur cette dernière. Toutefois, les décideurs administratifs ont l'obligation de trancher les questions de droit pertinentes soulevées devant eux, ainsi que l'obligation de rendre leurs décisions dans le respect des obligations constitutionnelles de l'État.

L'obligation de consulter n'est pas un moyen approprié de régler des griefs historiques. La consultation s'intéresse à l'effet sur les droits revendiqués de la décision actuellement considérée. Même en considérant de la façon la plus favorable aux Chippewas la solidité de leur revendication et la gravité de l'impact potentiel sur les droits qu'ils invoquent, la consultation menée en l'espèce a manifestement été adéquate. Les groupes autochtones susceptibles d'être touchés ont été avisés à l'avance de la tenue des audiences de l'ONÉ et ont été invités à participer au processus. Les Chippewas ont accepté l'invitation et ils ont comparu devant l'ONÉ. Ils savaient que l'ONÉ était le décideur ultime. De plus, ils comprenaient qu'aucun autre organisme de l'État ne participait au processus pour effectuer des consultations. Les circonstances indiquaient de façon suffisamment claire aux Chippewas que le processus de l'ONÉ constituait le processus de consultation et d'accommodement de la Couronne. Malgré son

rely on the NEB's process to fulfill its duty to consult, its consultation obligation was met.

The NEB's statutory powers under s. 58 of the *National Energy Board Act* were capable of satisfying the Crown's constitutional obligations in this case. Furthermore, the process undertaken by the NEB in this case was sufficient to satisfy the Crown's duty to consult. First, the NEB provided the Chippewas with an adequate opportunity to participate in the decision-making process. Second, the NEB sufficiently assessed the potential impacts on the rights of Indigenous groups and found that the risk of negative consequences was minimal and could be mitigated. Third, in order to mitigate potential risks, the NEB provided appropriate accommodation through the imposition of conditions on Enbridge.

Finally, where affected Indigenous peoples have squarely raised concerns about Crown consultation, the NEB must usually provide written reasons. What is necessary is an indication that the NEB took the asserted Aboriginal and treaty rights and interests into consideration and accommodated them where appropriate. In this case, the NEB's written reasons are sufficient to satisfy the Crown's obligation. Unlike the NEB's reasons in the companion case *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, the discussion of Aboriginal consultation was not subsumed within an environmental assessment. The NEB reviewed the written and oral evidence of numerous Indigenous groups and identified, in writing, the rights and interests at stake. It assessed the risks that the project posed to those rights and interests and concluded that the risks were minimal. Nonetheless, it provided written and binding conditions of accommodation to adequately address any negative impacts on the asserted rights from the approval and completion of the project.

### Cases Cited

**Applied:** *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; **referred to:** *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC

omission de donner avis en temps utile de son intention de s'en remettre au processus de l'ONÉ pour s'acquitter de son obligation de consulter, la Couronne a respecté son obligation de mener des consultations.

Du fait des pouvoirs que l'art. 58 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* confère à l'ONÉ, ce dernier était en mesure de satisfaire aux obligations constitutionnelles de la Couronne dans le présent cas. En outre, le processus mené par l'ONÉ en l'espèce était suffisant pour satisfaire à l'obligation de consulter qui incombait à la Couronne. Premièrement, l'ONÉ a fourni aux Chippewas une possibilité adéquate de participer au processus décisionnel. Deuxièmement, l'ONÉ a suffisamment apprécié les effets potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones, ce qui l'a amené à conclure que le risque d'effets préjudiciables était minime et pouvait être atténué. Troisièmement, l'ONÉ a pris des mesures d'accommodement appropriées pour atténuer les risques potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones en imposant des conditions à Enbridge.

Enfin, lorsque des groupes autochtones touchés soulèvent directement des préoccupations concernant les consultations incombant à la Couronne, l'ONÉ doit habituellement motiver sa décision par écrit. Ce qu'il faut, c'est que l'ONÉ indique qu'il a pris en considération les droits ancestraux et issus de traités invoqués et qu'il a pris des accommodements à leur égard lorsqu'il convenait de le faire. En l'espèce, les motifs écrits exposés par l'ONÉ sont suffisants et permettent de satisfaire à l'obligation de la Couronne. Contrairement aux motifs de l'ONÉ dans l'affaire connexe *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, l'analyse de la consultation menée auprès des Autochtones n'était pas intégrée dans une évaluation environnementale. L'ONÉ a examiné les éléments de preuve présentés par écrit et de vive voix par de nombreux groupes autochtones et il a identifié, par écrit, les droits et intérêts en jeu. Il a apprécié les risques que le projet posait à l'égard de ces droits et intérêts et conclu qu'ils étaient minimes. Néanmoins, il a imposé par écrit, sous forme de conditions contraignantes, des mesures d'accommodement en vue de remédier adéquatement à tout effet préjudiciable sur les droits invoqués par suite de l'approbation et de la réalisation du projet.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; **arrêts mentionnés :** *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004

73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234; *Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 3, 22(1), Part III, 30(1), 52, 54(1), 58.  
*Oil Pipeline Uniform Accounting Regulations*, C.R.C., c. 1058.

### Authors Cited

Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 1994 (loose-leaf updated 2017, release 2).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Ryer, Webb and Rennie J.J.A.), 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96, 390 D.L.R. (4th) 735, [2016] 1 C.N.L.R. 18, 479 N.R. 220, [2015] F.C.J. No. 1294 (QL), 2015 CarswellNat 5511 (WL Can.), affirming a decision of the National Energy Board, No. OH-002-2013, March 6, 2014, 2014 LNCNEB 4 (QL). Appeal dismissed.

*David C. Nahwegahbow and Scott Robertson*, for the appellant.

*Douglas E. Crowther, Q.C., Joshua A. Jantzi and Aaron Stephenson*, for the respondent Enbridge Pipelines Inc.

*Jody Saunders and Kristen Lozynsky*, for the respondent the National Energy Board.

*Peter Southey and Mark R. Kindrachuk, Q.C.*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Manizeh Fancy and Richard Ogden*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *West Moberly First Nations c. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234; *Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 3, 22(1), partie III, 30(1), 52, 54(1), 58.  
*Règlement de normalisation de la comptabilité des oléoducs*, C.R.C., c. 1058.

### Doctrine et autres documents cités

Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 1994 (loose-leaf updated 2017, release 2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Ryer, Webb et Rennie), 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96, 390 D.L.R. (4th) 735, [2016] 1 C.N.L.R. 18, 479 N.R. 220, [2015] A.C.F. n° 1294 (QL), 2015 CarswellNat 10332 (WL Can.), qui a confirmé une décision de l'Office national de l'énergie, n° OH-002-2013, datée du 6 mars 2014, 2014 LNCONE 4 (QL). Pourvoi rejeté.

*David C. Nahwegahbow et Scott Robertson*, pour l'appelante.

*Douglas E. Crowther, c.r., Joshua A. Jantzi et Aaron Stephenson*, pour l'intimée Pipelines Enbridge inc.

*Jody Saunders et Kristen Lozynsky*, pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

*Peter Southey et Mark R. Kindrachuk, c.r.*, pour l'intimée la procureure générale du Canada.

*Manizeh Fancy et Richard Ogden*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Richard James Fyfe*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*Marie-France Major* and *Thomas Slade*, for the intervener the Nunavut Wildlife Management Board.

*Martin Ignasiak*, *W. David Rankin* and *Thomas Kehler*, for the intervener Suncor Energy Marketing Inc.

*Francis Walsh* and *Suzanne Jackson*, for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke.

*Nuri G. Frame*, *Jason T. Madden* and *Jessica Labranche*, for the intervener the Mississaugas of the New Credit First Nation.

*Maxime Faille*, *Jaimie Lickers* and *Guy Régimbald*, for the intervener the Chiefs of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

## I. Introduction

[1] In this appeal and in its companion, *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, this Court must consider the Crown's duty to consult with Indigenous peoples prior to an independent regulatory agency's approval of a project that could impact their rights. As we explain in the companion case, the Crown may rely on regulatory processes to partially or completely fulfill its duty to consult.

[2] These cases demonstrate that the duty to consult has meaningful content, but that it is limited in scope. The duty to consult is rooted in the need to avoid the impairment of asserted or recognized rights that flows from the implementation of the specific project at issue; it is not about resolving broader claims that transcend the scope of the proposed project. That said, the duty to consult requires

*Richard James Fyfe*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Marie-France Major* et *Thomas Slade*, pour l'intervenant le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut.

*Martin Ignasiak*, *W. David Rankin* et *Thomas Kehler*, pour l'intervenante Suncor Energy Marketing Inc.

*Francis Walsh* et *Suzanne Jackson*, pour l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke.

*Nuri G. Frame*, *Jason T. Madden* et *Jessica Labranche*, pour l'intervenante Mississaugas of the New Credit First Nation.

*Maxime Faille*, *Jaimie Lickers* et *Guy Régimbald*, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS ET BROWN —

## I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, la Cour est appelée à examiner l'obligation qui incombe à la Couronne de consulter les peuples autochtones avant qu'un organisme de réglementation indépendant n'approuve un projet susceptible de porter atteinte à leurs droits. Comme nous l'expliquons dans le pourvoi connexe, la Couronne peut s'en remettre à des processus réglementaires pour satisfaire, en tout ou en partie, à son obligation de consulter.

[2] Il ressort de ces décisions que l'obligation de consulter a un contenu significatif, mais que sa portée est limitée. L'obligation de consulter tire son origine du besoin d'éviter qu'il soit porté à des droits revendiqués ou reconnus une atteinte découlant de la mise en œuvre d'un projet donné; elle n'a pas pour objet de résoudre des revendications plus larges dépassant le cadre du projet en question. Cela dit,

an informed and meaningful opportunity for dialogue with Indigenous groups whose rights may be impacted.

[3] The Chippewas of the Thames First Nation has historically resided near the Thames River in southwestern Ontario, where its members carry out traditional activities that are central to their identity and way of life. Enbridge Pipelines Inc.'s Line 9 pipeline crosses their traditional territory.

[4] In November 2012, Enbridge applied to the National Energy Board (NEB) for approval of a modification of Line 9 that would reverse the flow of part of the pipeline, increase its capacity, and enable it to carry heavy crude. These changes would increase the assessed risk of spills along the pipeline. The Chippewas of the Thames requested Crown consultation before the NEB's approval, but the Crown signalled that it was relying on the NEB's public hearing process to address its duty to consult.

[5] The NEB approved Enbridge's proposed modification. The Chippewas of the Thames then brought an appeal from that decision to the Federal Court of Appeal, arguing that the NEB had no jurisdiction to approve the Line 9 modification in the absence of Crown consultation. The majority of the Federal Court of Appeal dismissed the appeal, and the Chippewas of the Thames brought an appeal from that decision to this Court. For the reasons set out below, we would dismiss the appeal. The Crown is entitled to rely on the NEB's process to fulfill the duty to consult. In this case, in light of the scope of the project and the consultation process afforded to the Chippewas of the Thames by the NEB, the Crown's duty to consult and accommodate was fulfilled.

l'obligation de consulter exige une véritable possibilité de dialogue avec les groupes autochtones dont les droits peuvent être touchés.

[3] L'appelante, Chippewas of the Thames First Nation (Chippewas de la Thames), vit depuis longtemps près de la rivière Thames dans le Sud-Ouest de l'Ontario, où ses membres poursuivent des activités traditionnelles qui sont au cœur de leur identité et de leur mode de vie. La canalisation 9 de Pipelines Enbridge inc. traverse son territoire traditionnel.

[4] En novembre 2012, Enbridge a demandé à l'Office national de l'énergie (ONÉ) d'approuver, à l'égard de la canalisation 9, une modification qui aurait pour effet d'inverser le sens de l'écoulement dans une partie du pipeline, d'accroître sa capacité et de permettre le transport de pétrole brut lourd. Ces changements aggraveraient les risques de déversements le long du pipeline qui ont été évalués. Les Chippewas de la Thames ont demandé à la Couronne de les consulter avant que l'ONÉ n'approuve le projet, mais la Couronne a répondu qu'elle s'en remettait au processus d'audience publique de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter.

[5] L'ONÉ a approuvé la modification proposée par Enbridge. Les Chippewas de la Thames ont alors interjeté appel de cette décision à la Cour d'appel fédérale, soutenant que l'ONÉ n'avait pas compétence pour approuver le changement proposé à la canalisation 9 en l'absence de consultations menées par la Couronne. Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont rejeté l'appel et les Chippewas de la Thames ont porté cette décision en appel devant la Cour. Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes d'avis de rejeter l'appel. La Couronne est autorisée à s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. En l'espèce, compte tenu de la portée du projet et du processus de consultation de l'ONÉ dont ont bénéficié les Chippewas de la Thames, la Couronne a satisfait à son obligation de consultation et d'accommodement.



## II. Background

### A. *The Chippewas of the Thames First Nation*

[6] The Chippewas of the Thames are the descendants of a part of the Anishinaabe Nation that lived along the shore of the Thames River in southwestern Ontario prior to the arrival of European settlers in the area at the beginning of the 18th century. Their ancestors' lifestyle involved hunting, fishing, trapping, gathering, growing corn and squash, performing ceremonies at sacred sites, and collecting animals, plants, minerals, maple sugar and oil in their traditional territory.

[7] The Chippewas of the Thames assert that they have a treaty right guaranteeing their exclusive use and enjoyment of their reserve lands. They also assert Aboriginal harvesting rights as well as the right to access and preserve sacred sites in their traditional territory. Finally, they claim Aboriginal title to the bed of the Thames River, its airspace, and other lands throughout their traditional territory.

### B. *Legislative Scheme*

[8] The NEB is a federal administrative tribunal and regulatory agency established under s. 3 of the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7 (*NEB Act*), whose functions include the approval and regulation of pipeline projects. The *NEB Act* prohibits the operation of a pipeline unless a certificate of public convenience and necessity has been issued for the project and the proponent has been given leave under Part III to open the pipeline (s. 30(1)).

[9] The NEB occupies an advisory role with respect to the issuance of a certificate of public convenience and necessity. Under ss. 52(1) and 52(2), it can submit a report to the Minister of Natural Resources setting out: (i) its recommendation on whether a certificate should be issued based on its consideration of certain criteria; and (ii) the terms

## II. Contexte

### A. *Les Chippewas de la Thames*

[6] Les Chippewas de la Thames sont les descendants d'une partie de la Nation Anishinaabe qui vivait au bord de la rivière Thames, dans le Sud-Ouest de l'Ontario, avant que les colons européens ne s'établissent dans cette région au début du 18<sup>e</sup> siècle. Leurs ancêtres avaient un mode de vie axé sur la chasse, la pêche, le piégeage, la cueillette et la culture du maïs et de la courge; ils célébraient des cérémonies sur des sites sacrés et pouvaient trouver sur leur territoire traditionnel des animaux, des plantes, des minéraux, du sucre d'érable et de l'huile.

[7] Les Chippewas de la Thames soutiennent qu'ils possèdent un droit issu de traités qui leur garantit l'utilisation et la jouissance exclusives de leurs terres de réserve. Ils affirment par ailleurs posséder des droits ancestraux de récolte ainsi que le droit d'accéder à des sites sacrés sur leur territoire traditionnel et de les protéger. Enfin, ils revendiquent le titre ancestral sur le lit de la rivière Thames et sur son espace aérien, ainsi que sur d'autres terres de leur territoire traditionnel.

### B. *Régime législatif*

[8] L'ONÉ est un tribunal administratif fédéral et un organisme de réglementation constitué sous le régime de l'art. 3 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7 (*Loi sur l'ONÉ*). Il a notamment pour fonction d'approuver et d'encadrer les projets de pipeline. La *Loi sur l'ONÉ* interdit l'exploitation d'un pipeline sans qu'un certificat d'utilité publique ait été délivré à l'égard du projet et que le promoteur ait été autorisé aux termes de la partie III à mettre le pipeline en service (par. 30(1)).

[9] L'ONÉ exerce un rôle consultatif pour ce qui est de la délivrance des certificats d'utilité publique. Les paragraphes 52(1) et 52(2) prévoient qu'il peut présenter au ministre des Ressources naturelles un rapport où figurent : (i) sa recommandation motivée à savoir si un certificat devrait être délivré eu égard à certains critères; (ii) les conditions qu'il estime

and conditions that it considers necessary or desirable in the public interest to be attached to the project should the certificate be issued. The Governor in Council may then direct the NEB either to issue the certificate or to dismiss the application (s. 54(1)).

[10] Under s. 58 of the *NEB Act*, however, the NEB may make orders, on terms and conditions that it considers proper, exempting smaller pipeline projects or project modifications from various requirements that would otherwise apply under Part III, including the requirement for the issuance of a certificate of public convenience and necessity. Consequently, as in this case, smaller projects and amendments to existing facilities are commonly sought under s. 58. The NEB is the final decision maker on s. 58 exemptions.

### C. *The Line 9 Pipeline and the Project*

[11] The Line 9 pipeline, connecting Sarnia to Montreal, opened in 1976 with the purpose of transporting crude oil from western Canada to eastern refineries. Line 9 cuts through the Chippewas of the Thames' traditional territory and crosses the Thames River. It was approved and built without any consultation of the Chippewas of the Thames.

[12] In 1999, following NEB approval, Line 9 was reversed to carry oil westward. In July 2012, the NEB approved an application from Enbridge, the current operator of Line 9, for the re-reversal (back to eastward flow) of the westernmost segment of Line 9, between Sarnia and North Westover, called "Line 9A".

[13] In November 2012, Enbridge filed an application under Part III of the *NEB Act* for a modification to Line 9. The project would involve reversing the flow (to eastward) in the remaining 639-kilometre segment of Line 9, called "Line 9B", between North Westover and Montreal; increasing the annual capacity of Line 9 from 240,000

utiles, dans l'intérêt public, de rattacher au projet dans le cas où le certificat serait délivré. Le gouverneur en conseil peut ensuite donner instruction à l'ONÉ de délivrer le certificat ou de rejeter la demande (par. 54(1)).

[10] En vertu de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ*, cependant, l'ONÉ peut, par ordonnance et aux conditions qu'il estime indiquées, soustraire les projets de pipeline de petite envergure ou les modifications apportées à un projet à l'application de diverses exigences autrement applicables sous le régime de la partie III, notamment à l'obligation d'obtenir un certificat d'utilité publique. Par conséquent, comme c'est le cas en l'espèce, les demandes concernant les projets de moindre envergure et les modifications à des installations existantes sont habituellement fondées sur l'art. 58. C'est donc l'ONÉ qui est le décideur ultime en ce qui concerne les exemptions prévues à l'art. 58.

### C. *La canalisation 9 et le projet*

[11] La canalisation 9, qui relie Sarnia à Montréal, a été mise en service en 1976 afin de transporter du pétrole brut de l'Ouest du Canada jusqu'aux raffineries de l'Est. La canalisation 9 traverse le territoire traditionnel des Chippewas de la Thames ainsi que la rivière Thames. Elle a été approuvée et construite sans que les Chippewas de la Thames aient été consultés.

[12] En 1999, après approbation de l'ONÉ, le débit de la canalisation 9 a été inversé vers l'ouest. En juillet 2012, l'ONÉ a approuvé une demande d'Enbridge, l'exploitante actuelle de la canalisation 9, visant à ce qu'il soit inversé de nouveau (et s'écoule vers l'est) dans le tronçon le plus à l'ouest, entre Sarnia et North Westover, appelé « canalisation 9A ».

[13] En novembre 2012, Enbridge a présenté une demande de modification à la canalisation 9 fondée sur la partie III de la *Loi sur l'ONÉ*. Le projet consistait à inverser (vers l'est) le sens de l'écoulement pour le tronçon restant de la canalisation 9, appelé « canalisation 9B », d'une longueur de 639 kilomètres entre North Westover et Montréal,

to 300,000 barrels per day; and allowing for the transportation of heavy crude. While the project involved a significant increase of Line 9's throughput, virtually all of the required construction would take place on previously disturbed lands owned by Enbridge and on Enbridge's right of way.

[14] Enbridge also sought exemptions under s. 58 from various filing requirements which would otherwise apply under Part III of the *NEB Act*, the *Oil Pipeline Uniform Accounting Regulations*, C.R.C., c. 1058, and the NEB's Filing Manual. The most significant requested exemption was to dispense with the requirement for a certificate of public convenience and necessity, which as explained above is subject to the Governor in Council's final approval under s. 52 of the *NEB Act*. Without the need for a Governor in Council-approved certificate, the NEB would have the final word on the project's approval.

[15] In December 2012, the NEB, having determined that Enbridge's application was complete enough to proceed to assessment, issued a hearing order, which established the process for the NEB's consideration of the project. This process culminated in a public hearing, the purpose of which was for the NEB to gather and review information that was relevant to the assessment of the project. Persons or organizations interested in the outcome of the project, or in possession of relevant information or expertise, could apply to participate in the hearing. The NEB accepted the participation of 60 interveners and 111 commenters.

#### D. *Indigenous Consultation on the Project*

[16] In February 2013, after Enbridge filed its application and several months before the hearings, the NEB issued notice to 19 potentially affected Indigenous groups, including the Chippewas of the Thames, informing them of the project, the NEB's role, and the NEB's upcoming hearing process.

à accroître la capacité annuelle de la canalisation 9, qui passerait de 240 000 à 300 000 barils par jour, et à permettre le transport de pétrole brut. Si le projet impliquait une augmentation importante du débit de la canalisation 9, la presque totalité des travaux nécessaires devaient toutefois avoir lieu sur des terres déjà perturbées appartenant à Enbridge et dans les limites de l'emprise d'Enbridge.

[14] Se fondant sur l'art. 58, Enbridge a également demandé d'être soustraite à certaines exigences en matière de dépôt prévues par la partie III de la *Loi sur l'ONÉ*, par le *Règlement de normalisation de la comptabilité des oléoducs*, C.R.C., c. 1058, et par le Guide de dépôt de l'ONÉ. Elle demandait surtout à être exemptée de l'obligation d'obtenir un certificat d'utilité publique qui, comme nous l'avons expliqué, est assujéti à l'approbation finale du gouverneur en conseil en vertu de l'art. 52 de la *Loi sur l'ONÉ*. Sans cette obligation concernant l'obtention d'un certificat approuvé par le gouverneur en conseil, l'ONÉ aurait le dernier mot sur l'approbation du projet.

[15] En décembre 2012, après avoir déterminé que la demande d'Enbridge était assez complète pour qu'il puisse procéder à son évaluation, l'ONÉ a rendu une ordonnance d'audience qui fixait la marche à suivre pour l'examen du projet. Le processus a abouti à une audience publique qui devait permettre à l'ONÉ de recueillir et d'examiner des renseignements pertinents pour l'examen du projet. Les personnes ou organisations intéressées par l'issue du projet, ou possédant des informations ou des compétences pertinentes, pouvaient présenter une demande de participation à l'audience. L'ONÉ a accédé à la demande de 60 intervenants et de 111 auteurs d'une lettre de commentaires.

#### D. *Consultation des peuples autochtones au sujet du projet*

[16] En février 2013, après le dépôt de la demande d'Enbridge et plusieurs mois avant les audiences, l'ONÉ a envoyé un avis à 19 groupes autochtones susceptibles d'être touchés par le projet, y compris aux Chippewas de la Thames, afin de les informer du projet, du rôle de l'ONÉ et du processus d'audience à

Between April and July 2013, it also held information meetings in three communities upon their request.

[17] In September 2013, prior to the NEB hearing, the Chiefs of the Chippewas of the Thames and the Aamjiwnaang First Nation wrote a joint letter to the Prime Minister, the Minister of Natural Resources, and the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development. The letter described the asserted Aboriginal and treaty rights of both groups and the project's potential impact on them. The Chiefs noted that no Crown consultation with any affected Indigenous groups had taken place with respect to the project's approval, and called on the Ministers to initiate Crown consultation. No response arrived until after the conclusion of the NEB hearing.

[18] In the meantime, the NEB's process unfolded. The Chippewas of the Thames were granted funding to participate as an intervener, and they filed evidence and delivered oral argument at the hearing delineating their concerns that the project would increase the risk of pipeline ruptures and spills along Line 9, which could adversely impact their use of the land and the Thames River for traditional purposes.

[19] In January 2014, after the NEB's hearing process had concluded, the Minister of Natural Resources responded to the September 2013 letter. The response acknowledged the Government of Canada's commitment to fulfilling its duty to consult where it exists, and stated that the "[NEB's] regulatory review process is where the Government's jurisdiction on a pipeline project is addressed. The Government relies on the NEB processes to address potential impacts to Aboriginal and treaty rights stemming from projects under its mandate" (A.R., vol. VI, at p. 47). In sum, the Minister indicated that he would be relying solely on the NEB's process to fulfill the Crown's duty to consult Indigenous peoples on the project.

venir. D'avril à juillet 2013, l'ONÉ a également tenu des séances d'information dans trois communautés, à la demande de celles-ci.

[17] En septembre 2013, avant l'audience de l'ONÉ, les chefs des Chippewas de la Thames et de la Aamjiwnaang First Nation ont écrit conjointement au premier ministre, au ministre des Ressources naturelles et au ministre des Affaires autochtones et du Nord. Dans leur lettre, ils décrivaient les droits ancestraux et issus de traités invoqués par les deux groupes et les répercussions potentielles du projet sur ces droits. Les chefs soulignaient le fait que la Couronne n'avait consulté aucun des groupes touchés au sujet de l'approbation du projet et ils ont demandé aux ministres d'amorcer un processus de consultation menée par la Couronne. Ils n'ont reçu une réponse qu'une fois l'audience de l'ONÉ terminée.

[18] Entre-temps, le processus de l'ONÉ a suivi son cours. Les Chippewas de la Thames ont obtenu les fonds nécessaires pour y participer en qualité d'intervenants. Ils ont déposé des éléments de preuve et présenté des observations orales à l'audience. Ils ont dit craindre que le projet n'augmente le risque de ruptures du pipeline et de déversements le long de la canalisation 9, ce qui pourrait avoir des effets préjudiciables sur leur utilisation traditionnelle du territoire et de la rivière.

[19] En janvier 2014, une fois le processus d'audience de l'ONÉ terminé, le ministre des Ressources naturelles a répondu à la lettre qu'il avait reçue en septembre 2013. La réponse faisait état de l'engagement du gouvernement du Canada à s'acquitter de l'obligation de consulter lorsqu'elle existe et précisait que [TRADUCTION] « le processus d'examen réglementaire [de l'ONÉ] est le cadre dans lequel la question de la compétence du gouvernement à l'égard d'un projet de pipeline est examinée. Le gouvernement s'en remet au processus de l'ONÉ pour l'examen des effets potentiels sur les droits ancestraux et issus de traités que peuvent avoir les projets qui relèvent de son mandat » (d.a., vol. VI, p. 47). En somme, le ministre indiquait qu'il s'en remettait exclusivement au processus de l'ONÉ pour satisfaire à l'obligation qui incombe à la Couronne de consulter les peuples autochtones au sujet du projet.

### III. The Decisions Below

#### A. *The NEB's Decision, 2014 LNCNEB 4 (QL)*

[20] The NEB approved the project, finding that it was in the public interest and consistent with the requirements in the *NEB Act*. It explained that the approval “enables Enbridge to react to market forces and provide benefits to Canadians, while at the same time implementing the Project in a safe and environmentally sensitive manner” (para. 20). The NEB imposed conditions on the project related to pipeline integrity, safety, environmental protection, and the impact of the project on Indigenous communities.

[21] In its discussion of Aboriginal Matters (Chapter 7 of the NEB's reasons), the NEB explained that it “interprets its responsibilities, including those outlined in section 58 of the NEB Act, in a manner consistent with the *Constitution Act, 1982*, including section 35” (para. 293). It noted that proponents are required to make reasonable efforts to consult with Indigenous groups, and that the NEB hearing process is part of the consultative process. In deciding whether a project is in the public interest, the NEB “considers all of the benefits and burdens associated with the project, balancing the interests and concerns of Aboriginal groups with other interests and factors” (para. 301).

[22] The NEB noted that, in this case, the scope of the project was limited. It was not an assessment of the current operating Line 9, but rather of the modifications required to increase the capacity of Line 9, transport heavy crude on Line 9, and reverse the flow of Line 9B. Enbridge would not need to acquire any new permanent land rights for the project. Most work would take place within existing Enbridge facilities and its existing right of way. Given the limited scope of the project, the NEB was satisfied that potentially affected Indigenous groups had received adequate information about the project. It was also satisfied that potentially affected Indigenous groups had the opportunity to share their views about the project through the NEB hearing process and through discussions with Enbridge.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

#### A. *La décision de l'ONÉ, 2014 LNCONE 4 (QL)*

[20] L'ONÉ a approuvé le projet, estimant qu'il était dans l'intérêt public et qu'il répondait aux exigences de la *Loi sur l'ONÉ*. Il a expliqué que sa décision « donne à Enbridge la possibilité de réagir aux forces du marché et procure des avantages à la population canadienne. Elle permet également la mise en œuvre du projet d'une manière sécuritaire et écologique » (par. 20). L'ONÉ a assorti le projet de conditions relatives à l'intégrité et à la sécurité du pipeline, à la protection de l'environnement et à ses effets sur les communautés autochtones.

[21] Dans son analyse des questions autochtones (chapitre 7 de ses motifs), l'ONÉ explique qu'il « conçoit ses attributions, dont celles conférées par l'article 58 de la Loi, en conformité avec la *Loi constitutionnelle de 1982*, notamment l'article 35 » (par. 293). Il indique que les promoteurs doivent faire des efforts raisonnables pour consulter les groupes autochtones, et que le processus d'audience de l'ONÉ fait partie du processus de consultation global. Pour décider si un projet est d'intérêt public, l'ONÉ « en examine l'ensemble des retombées et des inconvénients et met en balance les intérêts et préoccupations des Autochtones, d'une part, et tous les autres facteurs et intérêts, d'autre part » (p. 301).

[22] L'ONÉ a noté qu'en l'espèce le projet était d'envergure limitée. Ce faisant, il ne se prononçait pas sur la canalisation 9 alors en exploitation, mais sur les modifications requises pour accroître sa capacité, permettre le transport de pétrole brut lourd et inverser le sens d'écoulement de la canalisation 9B. Il ne serait pas nécessaire pour Enbridge d'acquérir de nouveaux droits fonciers permanents pour réaliser le projet. La plupart des travaux se dérouleraient dans les limites de l'emprise et des installations existantes d'Enbridge. Compte tenu de l'envergure limitée du projet, l'ONÉ a estimé que les groupes autochtones susceptibles d'être touchés avaient été suffisamment renseignés à son sujet. Il a ajouté que ceux-ci avaient eu l'occasion de faire connaître leurs points de vue sur le projet à la faveur du processus d'audience de

The NEB expected that Enbridge would continue consultations after the project's approval.

[23] While Enbridge acknowledged that the project would increase the assessed risk for some parts of Line 9, the NEB found that “any potential Project impacts on the rights and interests of Aboriginal groups are likely to be minimal and will be appropriately mitigated” (para. 343) given the project's limited scope, the commitments made by Enbridge, and the conditions imposed by the NEB. While the project would occur on lands used by Indigenous groups for traditional purposes, those lands are within Enbridge's existing right of way. The project was therefore unlikely to impact traditional land use. The NEB acknowledged that a spill on Line 9 could impact traditional land use, but it was satisfied that “Enbridge will continue to safely operate Line 9, protect the environment, and maintain comprehensive emergency response plans” (*ibid.*).

[24] The NEB imposed three conditions on the project related to Indigenous communities. Condition 6 required Enbridge to file an Environmental Protection Plan for the project including an Archaeological Resource Contingency plan. Condition 24 required Enbridge to prepare an Ongoing Engagement Report providing details on its discussions with Indigenous groups going forward. Condition 26 “directs Enbridge to include Aboriginal groups in Enbridge's continuing education program (including emergency management exercises), liaison program and consultation activities on emergency preparedness and response” (*ibid.*).

B. *Appeal to the Federal Court of Appeal, 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96*

[25] The Chippewas of the Thames brought an appeal from the NEB's decision to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 22(1) of the *NEB Act*. They

l'ONÉ et de leurs discussions avec Enbridge. L'ONÉ s'attendait à ce qu'Enbridge poursuive les consultations une fois le projet approuvé.

[23] Bien qu'Enbridge ait reconnu que le projet ferait augmenter le risque évalué à l'égard de certains tronçons de la canalisation 9, l'ONÉ a conclu que « les effets éventuels du projet sur les droits et les intérêts des groupes autochtones seront vraisemblablement négligeables et atténués de façon convenable » (par. 343), compte tenu de la portée limitée du projet, des engagements pris par Enbridge et des conditions imposées par l'ONÉ. Quoique le projet doive être réalisé sur des terres utilisées par les groupes autochtones à des fins traditionnelles, ces terres sont situées dans les limites de l'emprise actuelle d'Enbridge. Le projet n'aurait donc vraisemblablement pas d'effets sur les utilisations traditionnelles des terres. L'ONÉ a reconnu qu'un déversement sur la canalisation 9 pourrait avoir des effets sur les utilisations traditionnelles des terres, mais il était convaincu qu'« Enbridge continuera[it] d'exploiter la canalisation 9 de façon sécuritaire, de veiller à la protection de l'environnement et de s'appuyer sur des plans exhaustifs d'intervention en cas d'urgence » (*ibid.*).

[24] L'ONÉ a imposé à l'égard du projet trois conditions relatives aux communautés autochtones. La condition 6 obligeait Enbridge à présenter un plan de protection de l'environnement incluant un plan d'urgence relatif aux ressources archéologiques. La condition 24 exigeait d'Enbridge qu'elle prépare un rapport d'engagement permanent contenant des détails sur les discussions à venir avec les groupes autochtones. Enfin, la condition 26 « demand[ait] qu'Enbridge inclue les groupes autochtones dans son programme d'éducation permanente (y compris les exercices de sécurité civile), son programme de liaison et ses consultations en matière de protection civile et d'intervention » (*ibid.*).

B. *Appel à la Cour d'appel fédérale, 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96*

[25] Les Chippewas de la Thames ont interjeté appel de la décision de l'ONÉ à la Cour d'appel fédérale, conformément au par. 22(1) de la *Loi sur*

argued that the decision should be quashed, as the NEB was “without jurisdiction to issue exemptions and authorizations to [Enbridge] prior to the Crown fulfilling its duty to consult and accommodate” (para. 2).

[26] The majority of the Federal Court of Appeal (Ryer and Webb J.J.A.) dismissed the appeal. It concluded that the NEB was not required to determine, as a condition of undertaking its mandate with respect to Enbridge’s application, whether the Crown had a duty to consult under *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, and, if so, whether the Crown had fulfilled this duty.

[27] The majority also concluded that the NEB did not have a duty to consult the Chippewas of the Thames. It noted that while the NEB is required to carry out its mandate in a manner that respects s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, the NEB had adhered to this obligation by requiring Enbridge to consult extensively with the Chippewas of the Thames and other First Nations.

[28] Rennie J.A. dissented. He would have allowed the appeal. In his view, the NEB was required to determine whether the duty to consult had been triggered and fulfilled. Given that the NEB is the final decision maker for s. 58 applications, it must have the power and duty to assess whether consultation is adequate, and to refuse a s. 58 application where consultation is inadequate.

#### IV. Analysis

##### A. *Crown Conduct Triggering the Duty to Consult*

[29] In the companion case to this appeal, *Clyde River*, we outline the principles which apply when an independent regulatory agency such as the NEB is tasked with a decision that could impact Aboriginal or treaty rights. In these circumstances, the NEB’s decision would itself be Crown conduct that

l’ONÉ. Ils ont fait valoir que la décision devait être annulée, car « il n’entraînait pas dans les pouvoirs de l’Office d’exempter et d’autoriser [Enbridge] avant que la Couronne ne se soit acquittée de son obligation de consulter l’appelante et de trouver des accommodements » (par. 2).

[26] Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale (les juges Ryer et Webb) ont rejeté l’appel. Ils ont conclu que l’ONÉ n’avait pas à décider, pour remplir son mandat en ce qui concerne la demande d’Enbridge, si la Couronne était tenue à une obligation de consulter au sens de l’arrêt *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, et, le cas échéant, si la Couronne avait satisfait à cette obligation.

[27] Les juges majoritaires ont également conclu que l’ONÉ n’était pas tenu de consulter les Chippewas de la Thames. Ils ont indiqué que, bien qu’il doive s’acquitter de son mandat conformément aux dispositions du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l’ONÉ avait satisfait à cette obligation en exigeant d’Enbridge qu’elle participe à des consultations approfondies avec les Chippewas de la Thames et d’autres Premières Nations.

[28] Le juge Rennie, dissident, aurait accueilli l’appel. À son avis, l’ONÉ était tenu de déterminer si l’obligation de consulter avait pris naissance et si on y avait satisfait. Puisque l’ONÉ décide en dernier ressort des demandes fondées sur l’art. 58, il doit avoir le pouvoir et l’obligation de décider si une consultation est adéquate et de refuser une demande présentée au titre de l’art. 58 si la consultation est inadéquate.

#### IV. Analyse

##### A. *Mesures de la Couronne donnant naissance à l’obligation de consulter*

[29] Dans le pourvoi connexe *Clyde River*, nous exposons les principes applicables lorsqu’un organisme de réglementation indépendant tel que l’ONÉ doit rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités. Dans un tel cas, la décision de l’ONÉ constituerait

implicates the Crown's duty to consult (*Clyde River*, at para. 29). A decision by a regulatory tribunal would trigger the Crown's duty to consult when the Crown has knowledge, real or constructive, of a potential or recognized Aboriginal or treaty right that may be adversely affected by the tribunal's decision (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 31; *Clyde River*, at para. 25).

[30] We do not agree with the suggestion that because the Crown, in the form of a representative of the relevant federal department, was not a party before the NEB, there may have been no Crown conduct triggering the duty to consult (see C.A. reasons, at paras. 57 and 69-70).

[31] As the respondents conceded before this Court, the NEB's contemplated decision on the project's approval would amount to Crown conduct. When the NEB grants an exemption under s. 58 of the *NEB Act* from the requirement for a certificate of public convenience and necessity, which otherwise would be subject to Governor in Council approval, the NEB effectively becomes the final decision maker on the entire application. As a statutory body with the delegated executive responsibility to make a decision that could adversely affect Aboriginal and treaty rights, the NEB acted on behalf of the Crown in approving Enbridge's application. Because the authorized work — the increase in flow capacity and change to heavy crude — could potentially adversely affect the Chippewas of the Thames' asserted Aboriginal and treaty rights, the Crown had an obligation to consult with respect to Enbridge's project application.

#### B. *Crown Consultation Can Be Conducted Through a Regulatory Process*

[32] The Chippewas of the Thames argue that meaningful Crown consultation cannot be carried out

en soi une mesure de la Couronne emportant pour celle-ci une obligation de consulter (*Clyde River*, par. 29). Une décision d'un tribunal administratif donnerait naissance à l'obligation de la Couronne de consulter lorsque celle-ci a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence d'un droit ancestral ou issu d'un traité, potentiel ou reconnu, sur lequel la décision pourrait avoir un effet préjudiciable (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 31; *Clyde River*, par. 25).

[30] Nous ne partageons pas l'opinion voulant que, parce que la Couronne n'a pas pris part à l'instance devant l'ONÉ par l'entremise d'un représentant du ministère fédéral compétent, il est possible qu'il n'y ait eu aucune mesure de la Couronne ayant donné naissance à l'obligation de consulter (voir les motifs de la C.A., par. 57 et 69-70).

[31] Comme l'ont concédé les intimés devant la Cour, la décision relative à l'approbation du projet envisagée par l'ONÉ pouvait être considérée comme une mesure de la Couronne. Lorsque l'ONÉ accorde, sous le régime de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ*, une exemption quant à l'obligation relative au certificat d'utilité publique dont la délivrance est par ailleurs assujettie à l'approbation du gouverneur en conseil, c'est effectivement à l'ONÉ que revient la décision définitive sur l'ensemble de la demande. En tant qu'organisme d'origine législative investi du pouvoir délégué de rendre une décision susceptible de porter atteinte à des droits ancestraux et issus de traités, l'ONÉ agissait au nom de la Couronne lorsqu'il a approuvé la demande d'Enbridge. Comme les travaux autorisés — une augmentation de la capacité d'écoulement et une modification permettant le transport de pétrole brut lourd — étaient susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités invoqués par les Chippewas de la Thames, la Couronne avait une obligation de consulter relativement à la demande d'Enbridge.

#### B. *La consultation incombant à la Couronne peut être menée dans le cadre d'un processus réglementaire*

[32] Les Chippewas de la Thames soutiennent qu'une véritable consultation par la Couronne ne



wholly through a regulatory process. We disagree. As we conclude in *Clyde River*, the Crown may rely on steps taken by an administrative body to fulfill its duty to consult (para. 30). The Crown may rely on a regulatory agency in this way so long as the agency possesses the statutory powers to do what the duty to consult requires in the particular circumstances (*Carrier Sekani*, at para. 60; *Clyde River*, at para. 30). However, if the agency's statutory powers are insufficient in the circumstances or if the agency does not provide adequate consultation and accommodation, the Crown must provide further avenues for meaningful consultation and accommodation in order to fulfill the duty prior to project approval. Otherwise, the regulatory decision made on the basis of inadequate consultation will not satisfy constitutional standards and should be quashed on judicial review or appeal.

[33] The majority of the Federal Court of Appeal in this case expressed concern that a tribunal like the NEB might be charged with both carrying out consultation on behalf of the Crown and then adjudicating on the adequacy of these consultations (para. 66). A similar concern was expressed in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, where, in a pre-*Haida* decision, the Court held that quasi-judicial tribunals like the NEB do not owe Indigenous peoples a heightened degree of procedural fairness. The Court reasoned that imposition of such an obligation would risk compromising the independence of quasi-judicial bodies like the NEB (pp. 183-84).

[34] In our view, these concerns are answered by recalling that while it is the *Crown* that owes a constitutional obligation to consult with potentially affected Indigenous peoples, the NEB is tasked with making legal decisions that comply with the Constitution. When the NEB is called on to assess the adequacy of Crown consultation, it may consider what consultative steps were provided, but

peut être menée entièrement dans le cadre d'un processus réglementaire. Nous ne sommes pas d'accord. Comme nous le concluons dans l'arrêt *Clyde River*, la Couronne peut se fonder sur les mesures prises par un organisme administratif pour satisfaire à son obligation de consulter (par. 30). La Couronne peut ainsi s'en remettre à un organisme de réglementation dans la mesure où ce dernier dispose du pouvoir légal de faire ce que l'obligation de consulter impose dans les circonstances (*Carrier Sekani*, par. 60; *Clyde River*, par. 30). Toutefois, si les pouvoirs que la loi confère à l'organisme sont insuffisants dans les circonstances, ou si l'organisme ne prévoit pas des consultations et des accommodements adéquats, la Couronne doit prévoir d'autres avenues de consultation et d'accommodement véritables qui lui permettront de satisfaire à son obligation avant que le projet ne soit approuvé. Autrement, la décision que l'organisme de réglementation aura prise sans consultation adéquate ne respectera pas les normes constitutionnelles et devrait être annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire ou d'un appel.

[33] En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont dit craindre qu'un tribunal tel l'ONÉ soit tenu à la fois de mener des consultations au nom de la Couronne puis de se prononcer sur le caractère adéquat de ces consultations (par. 66). Notre Cour a exprimé une préoccupation semblable dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, lorsqu'elle a conclu, dans une décision antérieure à l'arrêt *Haida*, que les tribunaux quasi judiciaires tel l'ONÉ n'ont pas à faire preuve d'un degré plus élevé d'équité procédurale à l'égard des peuples autochtones. La Cour a expliqué que le fait d'imposer une telle obligation pourrait porter atteinte à l'indépendance des tribunaux quasi judiciaires comme l'ONÉ (p. 183-184).

[34] À notre avis, il est possible de répondre à ces préoccupations en rappelant que, bien que ce soit à la *Couronne* qu'incombe l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones potentiellement touchés, l'ONÉ est tenu de rendre des décisions juridiques qui sont conformes à la Constitution. Lorsqu'il est appelé à se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation incombant à

its obligation to remain a neutral arbitrator does not change. A tribunal is not compromised when it carries out the functions Parliament has assigned to it under its Act and issues decisions that conform to the law and the Constitution. Regulatory agencies often carry out different, overlapping functions without giving rise to a reasonable apprehension of bias. Indeed this may be necessary for agencies to operate effectively and according to their intended roles (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at para. 41). Furthermore, the Court contemplated this very possibility in *Carrier Sekani*, when it reasoned that tribunals may be empowered with both the power to carry out the Crown's duty to consult and the ability to adjudicate on the sufficiency of consultation (para. 58).

C. *The Role of a Regulatory Tribunal When the Crown Is Not a Party*

[35] At the Federal Court of Appeal, the majority and dissenting judges disagreed over whether the NEB was empowered to decide whether the Crown's consultation was adequate in the absence of the Crown participating in the NEB process as a party. The disagreement stems from differing interpretations of *Carrier Sekani* and whether it overruled *Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 FCA 308, [2010] 4 F.C.R. 500. In *Standing Buffalo*, the Federal Court of Appeal held that the NEB was not required to consider whether the Crown's duty to consult had been discharged before approving a s. 52 pipeline application when the Crown did not formally participate in the NEB's hearing process. The majority in this case held that the principle from *Standing Buffalo* applied here. Because the Crown (meaning, presumably, a relevant federal ministry or department) had not participated in the NEB's hearing process, the majority reasoned that the NEB was under no obligation to consider whether the Crown's duty to consult had been discharged before it approved Enbridge's s. 58 application (para. 59). In dissent, Rennie J.A.

la Couronne, l'ONÉ peut tenir compte des mesures de consultation offertes, mais son obligation de neutralité demeure la même. Un tribunal respecte sa compétence lorsqu'il exerce les fonctions que le législateur lui a attribuées dans une loi, et que ses décisions sont conformes à la loi et à la Constitution. Les organismes de réglementation cumulent bien souvent des fonctions différentes qui se chevauchent sans susciter une crainte raisonnable de partialité. En fait, ce cumul peut être nécessaire en ce qu'il permet aux organismes de remplir efficacement leur rôle (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, par. 41). D'ailleurs, notre Cour a envisagé cette possibilité dans l'arrêt *Carrier Sekani*, lorsqu'elle a expliqué que les tribunaux administratifs peuvent être investis autant du pouvoir de satisfaire à l'obligation de consulter qui incombe à la Couronne que de celui de se prononcer sur le caractère suffisant des consultations (par. 58).

C. *Le rôle d'un tribunal administratif lorsque la Couronne n'est pas une partie*

[35] À la Cour d'appel fédérale, les juges majoritaires et le juge dissident étaient en désaccord sur la question de savoir si l'ONÉ pouvait, même si la Couronne n'était pas partie à la procédure devant lui, décider si les consultations menées par cette dernière étaient adéquates. Le désaccord découle d'interprétations divergentes de l'arrêt *Carrier Sekani* et de la question de savoir si cet arrêt a pour effet d'écarter la décision *Première nation dakota de Standing Buffalo c. Enbridge Pipelines Inc.*, 2009 CAF 308, [2010] 4 R.C.F. 500. Dans *Standing Buffalo*, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'ONÉ n'était pas tenu de se demander si la Couronne avait satisfait à son obligation de consulter avant d'approuver une demande fondée sur l'art. 52 sollicitant la délivrance d'un certificat relatif à un pipeline, dans les cas où la Couronne n'a pas officiellement participé au processus d'audience de l'ONÉ. Dans l'affaire qui nous occupe, les juges majoritaires ont conclu que le principe énoncé dans l'arrêt *Standing Buffalo* s'appliquait à l'espèce. Étant donné que la Couronne (c'est-à-dire, présument, un ministère ou un organisme fédéral compétent) n'avait pas participé au processus d'audience

reasoned that *Standing Buffalo* had been overtaken by this Court's decision in *Carrier Sekani*. Even in the absence of the Crown's participation as a party before the NEB, he held that the NEB was *required* to consider the Crown's duty to consult before approving Enbridge's application (para. 112).

[36] We agree with Rennie J.A. that a regulatory tribunal's ability to assess the Crown's duty to consult does not depend on whether the government participated in the NEB's hearing process. If the Crown's duty to consult has been triggered, a decision maker may only proceed to approve a project if Crown consultation is adequate. The Crown's constitutional obligation does not disappear when the Crown acts to approve a project through a regulatory body such as the NEB. It must be discharged before the government proceeds with approval of a project that could adversely affect Aboriginal or treaty rights (*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 78).

[37] As the final decision maker on certain projects, the NEB is obliged to consider whether the Crown's consultation with respect to a project was adequate if the concern is raised before it (*Clyde River*, at para. 36). The responsibility to ensure the honour of the Crown is upheld remains with the Crown (*Clyde River*, at para. 22). However, administrative decision makers have both the obligation to decide necessary questions of law raised before them and an obligation to make their decisions within the contours of the state's constitutional obligations (*R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 77).

de l'ONÉ, les juges majoritaires se sont dits d'avis que l'ONÉ n'avait pas l'obligation d'examiner si la Couronne avait respecté son obligation de consulter avant d'approuver la demande d'Enbridge fondée sur l'art. 58 (par. 59). Dans sa dissidence, le juge Rennie a estimé que l'arrêt *Standing Buffalo* avait été écarté par la décision de notre Cour dans *Carrier Sekani*. Il a conclu que, bien que la Couronne n'ait pas participé à la procédure devant l'ONÉ en tant que partie, l'ONÉ était *tenu* de prendre en compte l'obligation de consulter de la Couronne avant d'approuver la demande d'Enbridge (par. 112).

[36] Nous sommes d'accord avec le juge Rennie pour dire que le pouvoir d'un tribunal administratif d'apprécier l'obligation de consulter de la Couronne n'est pas tributaire de la participation du gouvernement aux audiences de l'ONÉ. Si l'obligation de la Couronne de procéder à une consultation a pris naissance, un décideur ne peut approuver un projet que si cette consultation est adéquate. L'obligation constitutionnelle de la Couronne ne disparaît pas lorsqu'elle s'engage dans le processus d'approbation d'un projet par l'intermédiaire d'un organisme de réglementation tel l'ONÉ. Il doit être satisfait à cette obligation avant que le gouvernement n'approuve un projet susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités (*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 78).

[37] En tant que décideur ultime en ce qui concerne certains projets, l'ONÉ doit, lorsque la question est soulevée devant lui, se demander si les consultations par la Couronne relativement à un projet donné ont été adéquates (*Clyde River*, par. 36). La responsabilité de veiller à ce que l'honneur de la Couronne soit préservé continue de reposer sur cette dernière (*Clyde River*, par. 22). Toutefois, les décideurs administratifs ont l'obligation de trancher les questions de droit pertinentes soulevées devant eux, ainsi que l'obligation de rendre leurs décisions dans le respect des obligations constitutionnelles de l'État (*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 77).

#### D. *Scope of the Duty to Consult*

[38] The degree of consultation required depends on the strength of the Aboriginal claim, and the seriousness of the potential impact on the right (*Haida*, at paras. 39 and 43-45).

[39] Relying on *Carrier Sekani*, the Attorney General of Canada asserts that the duty to consult in this case “is limited to the [p]roject” and “does not arise in relation to claims for past infringement such as the construction of a pipeline under the Thames River in 1976” (R.F., vol. I, at para. 80).

[40] While the Chippewas of the Thames identify new impacts associated with the s. 58 application that trigger the duty to consult and delimit its scope, they also note that “[t]he potential adverse impacts to [the asserted] Aboriginal rights and title resulting from approval of Enbridge’s application for modifications to Line 9 are cumulative and serious and could even be catastrophic in the event of a pipeline spill” (A.F., at para. 57). Similarly, the Mississaugas of the New Credit First Nation, an intervener, argued in the hearing that, because s. 58 is frequently applied to discrete pipeline expansion and redevelopment projects, there are no high-level strategic discussions or consultations about the broader impact of pipelines on the First Nations in southern Ontario.

[41] The duty to consult is not triggered by historical impacts. It is not the vehicle to address historical grievances. In *Carrier Sekani*, this Court explained that the Crown is required to consult on “adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue — not [on] larger adverse impacts of the project of which it is a part. The subject of the consultation is the impact on the claimed rights of the *current* decision under consideration” (*Carrier Sekani*, at para. 53 (emphasis in original)). *Carrier Sekani* also clarified that “[a]n order compelling consultation is only appropriate where the proposed Crown conduct, immediate or prospective, may

#### D. *Étendue de l’obligation de consulter*

[38] L’étendue de la consultation requise dépend de la solidité de la revendication autochtone et de la gravité de l’impact potentiel sur le droit concerné (*Haïda*, par. 39 et 43-45).

[39] S’appuyant sur l’arrêt *Carrier Sekani*, la procureure générale du Canada fait valoir qu’en l’espèce l’obligation de consulter [TRADUCTION] « se limite au [p]rojet » et « ne s’applique pas relativement à des demandes relatives à des manquements passés tels que la construction d’un pipeline sous la rivière Thames en 1976 » (m.i., vol. I, par. 80).

[40] Bien qu’ils fassent état de nouveaux effets liés à la demande fondée sur l’art. 58 qui font naître l’obligation de consulter et en délimitent la portée, les Chippewas de la Thames soulignent aussi que [TRADUCTION] « [l]es éventuels effets préjudiciables aux droits ancestraux et au titre ancestral [invoqués] découlant de l’approbation de la demande d’Enbridge de modifier la canalisation 9 sont graves et cumulatifs, et pourraient même être catastrophiques advenant un déversement » (m.a., par. 57). De même, l’intervenante Mississaugas of the New Credit First Nation a soutenu à l’audience que, parce que l’art. 58 s’applique fréquemment à des projets distincts d’agrandissement et de réaménagement de pipelines, il n’y a pas de discussions ou consultations stratégiques de haut niveau au sujet des effets plus larges du pipeline sur les Premières Nations dans le Sud de l’Ontario.

[41] Des conséquences d’ordre historique ne font pas naître l’obligation de consulter. Il ne s’agit pas d’un moyen approprié de régler des griefs historiques. Dans *Carrier Sekani*, notre Cour a expliqué que la Couronne est tenue de mener des consultations sur les « effets préjudiciables de la mesure précise projetée par la Couronne, à l’exclusion des effets préjudiciables globaux du projet dont elle fait partie. La consultation s’intéresse à l’effet de la décision *actuellement* considérée sur les droits revendiqués » (*Carrier Sekani*, par. 53 (en italique dans l’original)). La Cour a également précisé dans cet arrêt que « [l]’ordonnance de consulter n’est indiquée

adversely impact on established or claimed rights” (para. 54).

[42] That said, it may be impossible to understand the seriousness of the impact of a project on s. 35 rights without considering the larger context (J. Woodward, *Native Law* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 5-107 to 5-108). Cumulative effects of an ongoing project, and historical context, may therefore inform the scope of the duty to consult (*West Moberly First Nations v. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234, at para. 117). This is not “to attempt the redress of past wrongs. Rather, it is simply to recognize an existing state of affairs, and to address the consequences of what may result from” the project (*West Moberly*, at para. 119).

[43] Neither the Federal Court of Appeal nor the NEB discussed the degree of consultation required. That said, and as we will explain below, even taking the strength of the Chippewas of the Thames’ claim and the seriousness of the potential impact on the claimed rights at their highest, the consultation undertaken in this case was manifestly adequate.

E. *Was There Adequate Notice That the Crown Was Relying on the NEB’s Process in This Case?*

[44] As indicated in the companion case *Clyde River*, the Crown may rely on a regulatory body such as the NEB to fulfill the duty to consult. However, where the Crown intends to do so, it should be made clear to the affected Indigenous group that the Crown is relying on the regulatory body’s processes to fulfill its duty (*Clyde River*, at para. 23). The Crown’s constitutional obligation requires a meaningful consultation process that is carried out in good faith. Obviously, notice helps ensure the appropriate participation of Indigenous groups, because it makes clear to them that consultation

que lorsque la mesure projetée par la Couronne, qu’elle soit immédiate ou prospective, est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur des droits établis ou revendiqués » (par. 54).

[42] Cela dit, il peut se révéler impossible de bien saisir la gravité des effets d’un projet sur des droits visés à l’art. 35 si on ne tient pas compte du contexte plus large (J. Woodward, *Native Law* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 5-107 à 5-108). Les effets cumulatifs d’un projet continu ainsi que le contexte historique peuvent donc être pertinents pour déterminer l’étendue de l’obligation de consulter (*West Moberly First Nations c. British Columbia (Chief Inspector of Mines)*, 2011 BCCA 247, 18 B.C.L.R. (5th) 234, par. 117). Il n’est pas question de [TRADUCTION] « tenter de remédier à des manquements passés. Il s’agit plutôt simplement de reconnaître une situation existante et de remédier aux conséquences de ce qui peut résulter » du projet (*West Moberly*, par. 119).

[43] Ni la Cour d’appel fédérale ni l’ONÉ n’ont traité de l’étendue de la consultation requise. Cela étant, et comme nous l’expliquerons ci-après, même en considérant de la façon la plus favorable aux Chippewas de la Thames la solidité de leur revendication et la gravité de l’impact potentiel sur les droits qu’ils invoquent, la consultation menée en l’espèce a manifestement été adéquate.

E. *Le fait que la Couronne s’en remettait au processus de l’ONÉ a-t-il fait l’objet d’un avis suffisant?*

[44] Comme nous l’avons précisé dans l’arrêt connexe *Clyde River*, la Couronne peut s’en remettre à un organisme de réglementation tel l’ONÉ pour satisfaire à son obligation de consulter. Toutefois, lorsque la Couronne entend procéder de cette façon, il doit être clairement indiqué au groupe autochtone touché que la Couronne s’en remet au processus de l’organisme de réglementation pour satisfaire à son obligation (*Clyde River*, par. 23). L’obligation constitutionnelle de la Couronne exige le recours à un processus véritable de consultation, mené de bonne foi. De toute évidence, l’avis contribue à garantir

is being carried out through the regulatory body's processes (*ibid.*).

[45] In this case, the Chippewas of the Thames say they did not receive explicit notice from the Crown that it intended to rely on the NEB's process to satisfy the duty. In September 2013, the Chippewas of the Thames wrote to the Prime Minister, the Minister of Natural Resources and the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development requesting a formal Crown consultation process in relation to the project. It was not until January 2014, after the NEB's hearing process was complete, that the Minister of Natural Resources responded to the Chippewas of the Thames on behalf of the Crown advising them that it relied on the NEB's process. At the hearing before this Court, the Chippewas of the Thames conceded that the Crown may have been entitled to rely on the NEB to carry out the duty had they received the Minister's letter indicating the Crown's reliance prior to the NEB hearing (transcript, at pp. 34-35). However, having not received advance notice of the Crown's intention to do so, the Chippewas of the Thames maintain that consultation could not properly be carried out by the NEB.

[46] In February 2013, the NEB contacted the Chippewas of the Thames and 18 other Indigenous groups to inform them of the project and of the NEB's role in relation to its approval. The Indigenous groups were given early notice of the hearing and were invited to participate in the NEB process. The Chippewas of the Thames accepted the invitation and appeared before the NEB as an intervener. In this role, they were aware that the NEB was the final decision maker under s. 58 of the *NEB Act*. Moreover, as is evidenced from their letter of September 2013, they understood that no other Crown entity was involved in the process for the purposes of carrying out consultation. In our view, the circumstances of this case made it sufficiently clear to the Chippewas of the Thames that the NEB process was intended to constitute Crown consultation and

une participation appropriée de la part des groupes autochtones, car il leur indique clairement que la consultation s'effectue dans le cadre du processus mené par l'organisme de réglementation (*ibid.*).

[45] En l'espèce, les Chippewas de la Thames disent ne pas avoir reçu de la Couronne un avis explicite indiquant qu'elle entendait satisfaire à son obligation dans le cadre du processus de l'ONÉ. Au mois de septembre 2013, les Chippewas de la Thames ont écrit au premier ministre, au ministre des Ressources naturelles et au ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord pour leur demander la mise sur pied d'un processus formel de consultation mené par la Couronne relativement au projet. Ce n'est qu'au mois de janvier 2014, après la fin des audiences de l'ONÉ, que le ministre des Ressources naturelles a répondu aux Chippewas de la Thames au nom de la Couronne et les a informés que celle-ci s'en remettait au processus de l'ONÉ. À l'audience devant notre Cour, les Chippewas de la Thames ont concédé que la Couronne aurait pu s'en remettre au processus de l'ONÉ pour satisfaire à son obligation s'ils avaient reçu avant la tenue des audiences la lettre du ministre les informant que la Couronne entendait agir ainsi (transcription, p. 34-35). Toutefois, comme ils n'ont pas été avisés à l'avance de l'intention de la Couronne de procéder ainsi, les Chippewas de la Thames soutiennent que la consultation ne pouvait être menée de manière adéquate par l'ONÉ.

[46] En février 2013, l'ONÉ a communiqué avec les Chippewas de la Thames et 18 autres groupes autochtones pour les informer de l'existence du projet et du rôle de l'ONÉ concernant son approbation. Les groupes autochtones ont été avisés à l'avance de la tenue des audiences et ont été invités à participer au processus de l'ONÉ. Les Chippewas de la Thames ont accepté l'invitation et ils ont comparu devant l'ONÉ en tant qu'intervenants. À ce titre, ils savaient que l'ONÉ était le décideur ultime aux termes de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ*. De plus, comme il ressort de leur lettre du mois de septembre 2013, ils comprenaient qu'aucun autre organisme de l'État ne participait au processus pour effectuer des consultations. Selon nous, les circonstances indiquaient de façon suffisamment claire aux Chippewas de la Thames que le processus de

accommodation. Notwithstanding the Crown's failure to provide timely notice, its consultation obligation was met.

F. *Was the Crown's Consultation Obligation Fulfilled?*

[47] When deep consultation is required, the duty to consult may be satisfied if there is "the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision" (*Haida*, at para. 44). As well, this Court has recognized that the Crown may wish to "adopt dispute resolution procedures like mediation or administrative regimes with impartial decision-makers" (*ibid.*). This list is neither exhaustive nor mandatory. As we indicated above, neither the NEB nor the Federal Court of Appeal assessed the depth of consultation required in this case. However, the Attorney General of Canada submitted before this Court that the NEB's statutory powers were capable of satisfying the Crown's constitutional obligations in this case, accepting the rights as asserted by the Chippewas of the Thames and the potential adverse impact of a spill. With this, we agree.

[48] As acknowledged in its reasons, the NEB, as a quasi-judicial decision maker, is required to carry out its responsibilities under s. 58 of the *NEB Act* in a manner consistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. In our view, this requires it to take the rights and interests of Indigenous groups into consideration before it makes a final decision that could impact them. Given the NEB's expertise in the supervision and approval of federally regulated pipeline projects, the NEB is particularly well positioned to assess the risks posed by such projects to Indigenous groups. Moreover, the NEB has broad

l'ONÉ constituait le processus de consultation et d'accommodement de la Couronne. Malgré son défaut de donner un avis en temps utile, la Couronne a respecté son obligation de mener des consultations.

F. *La Couronne a-t-elle satisfait à son obligation de consulter?*

[47] Lorsqu'une consultation approfondie est nécessaire, il peut être satisfait à l'obligation de consulter si la consultation comporte « la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision » (*Haïda*, par. 44). De même, la Cour a reconnu que la Couronne « peut décider de recourir à un mécanisme de règlement des différends comme la médiation ou un régime administratif mettant en scène des décideurs impartiaux » (*ibid.*). Cette liste n'est pas exhaustive et ne doit pas nécessairement être suivie dans chaque cas. Comme nous l'avons déjà mentionné, ni l'ONÉ ni la Cour d'appel fédérale n'ont évalué l'ampleur des consultations qui étaient requises en l'espèce. Toutefois, la procureure générale du Canada a fait valoir devant notre Cour que, du fait des pouvoirs que la loi confère à l'ONÉ, ce dernier était en mesure de satisfaire aux obligations constitutionnelles de la Couronne dans le présent cas, en tenant pour avérés les droits invoqués par les Chippewas de la Thames et les possibles effets préjudiciables d'un déversement. Nous sommes de cet avis.

[48] Comme il l'a reconnu dans ses motifs, l'ONÉ doit, en tant que décideur quasi judiciaire, s'acquitter des responsabilités qui lui incombent en vertu de l'art. 58 de la *Loi sur l'ONÉ* en conformité avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon nous, il doit en conséquence prendre en compte les droits et les intérêts des groupes autochtones avant de rendre une décision définitive qui pourrait avoir une incidence sur ces droits et intérêts. Vu l'expertise qu'il possède en ce qui concerne la surveillance et l'approbation de projets de pipeline réglementés par le fédéral, l'ONÉ est particulièrement bien placé

jurisdiction to impose conditions on proponents to mitigate those risks. Additionally, its ongoing regulatory role in the enforcement of safety measures permits it to oversee long-term compliance with such conditions. Therefore, we conclude that the NEB's statutory powers under s. 58 are capable of satisfying the Crown's duty to consult in this case.

[49] However, a finding that the NEB's statutory authority allowed for it to satisfy the duty to consult is not determinative of whether the Crown's constitutional obligations were upheld in this case. The Chippewas of the Thames maintain that the process carried out by the NEB was not an adequate substitute for Crown consultation. In particular, the Chippewas of the Thames argue that the NEB's regulatory process failed to engage affected Indigenous groups in a "meaningful way in order for adverse impacts to be understood and minimized" (A.F., at para. 110). They allege that the NEB's process did not "apprehend or address the seriousness" of the potential infringement of their treaty rights and title, nor did it "afford a genuine opportunity for accommodation by the Crown" (A.F., at para. 113). By minimizing the rights of the affected Indigenous groups and relying upon the proponent to mitigate potential impacts, they allege the process undertaken by the NEB allowed for nothing more than "blowing off steam" (*ibid.*).

[50] Enbridge, on the other hand, argues not only that the NEB was capable of satisfying the Crown's duty to consult but that, in fact, it did so here. In support of its position, Enbridge points to the Chippewas of the Thames' early notice of, and participation in, the NEB's formal hearing process as well as the NEB's provision of written reasons. Moreover, Enbridge submits that far from failing

pour évaluer les risques que posent des projets de cette nature pour les groupes autochtones. De plus, l'ONÉ dispose de vastes pouvoirs l'habilitant à imposer aux promoteurs des conditions en vue d'atténuer de tels risques. En outre, le rôle permanent qu'il joue en tant qu'organisme de réglementation en ce qui concerne l'application de mesures de sécurité lui permet de veiller au respect à long terme de ces conditions. Nous concluons donc que les pouvoirs que la loi confère à l'ONÉ à l'art. 58 lui permettent de satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne en l'espèce.

[49] Toutefois, la conclusion suivant laquelle les pouvoirs conférés par la loi à l'ONÉ lui permettent de satisfaire à l'obligation de consulter n'est pas déterminante pour ce qui est de décider si la Couronne s'est acquittée de ses obligations constitutionnelles dans la présente affaire. Les Chippewas de la Thames soutiennent que le processus mené par l'ONÉ n'a pas constitué un substitut adéquat à des consultations menées par la Couronne. Plus particulièrement, ils plaident que le processus réglementaire de l'ONÉ n'a pas permis aux groupes autochtones de participer [TRADUCTION] « de manière utile pour que les effets préjudiciables soient bien compris et réduits au minimum » (m.a., par. 110). Ils allèguent que le processus de l'ONÉ n'a pas permis de « saisir ou considérer la gravité » des atteintes potentielles à leur titre et à leurs droits issus de traités, ni « constitué une véritable occasion en vue de la prise de mesures d'accommodement par la Couronne » (m.a., par. 113). En n'accordant pas suffisamment d'importance aux droits des groupes autochtones touchés et en s'en remettant au promoteur pour atténuer les effets potentiels du projet, ils affirment que l'ONÉ, dans le cadre de son processus, a tout au plus permis aux intéressés « de se défaire » (*ibid.*).

[50] Enbridge plaide pour sa part que non seulement l'ONÉ était en mesure de satisfaire à l'obligation de consulter de la Couronne, mais qu'il l'a effectivement fait en l'espèce. À l'appui de sa thèse, Enbridge signale que les Chippewas de la Thames ont été rapidement avisés du processus d'audience formel de l'ONÉ, qu'ils y ont participé et que l'ONÉ a exposé des motifs écrits. De plus, Enbridge soutient



to afford a genuine opportunity for accommodation by the Crown, the NEB's process provided "effective accommodation" through the imposition of conditions on Enbridge to mitigate the risk and effect of potential spills arising from the project (R.F., at para. 107).

[51] In our view, the process undertaken by the NEB in this case was sufficient to satisfy the Crown's duty to consult. First, we find that the NEB provided the Chippewas of the Thames with an adequate opportunity to participate in the decision-making process. Second, we find that the NEB sufficiently assessed the potential impacts on the rights of Indigenous groups and found that the risk of negative consequences was minimal and could be mitigated. Third, we agree with Enbridge that, in order to mitigate potential risks to the rights of Indigenous groups, the NEB provided appropriate accommodation through the imposition of conditions on Enbridge.

[52] First, unlike the Inuit in the companion case of *Clyde River*, the Chippewas of the Thames were given a sufficient opportunity to make submissions to the NEB as part of its independent decision-making process (consistent with *Haida*, at para. 44). Here, the NEB held an oral hearing. It provided early notice of the hearing process to affected Indigenous groups and sought their formal participation. As mentioned above, the Chippewas of the Thames participated as an intervener. The NEB provided the Chippewas of the Thames with participant funding which allowed them to prepare and tender evidence including an expertly prepared "preliminary" traditional land use study (C.A. reasons, at para. 14). Additionally, as an intervener, the Chippewas of the Thames were able to pose formal information requests to Enbridge, to which they received written responses, and to make closing oral submissions to the NEB.

que loin d'avoir fait défaut de constituer une véritable occasion en vue de la prise de mesures d'accommodement par la Couronne, le processus de l'ONÉ s'est traduit par des [TRADUCTION] « mesures d'accommodement effectives » du fait qu'Enbridge s'est vue imposer des conditions destinées à atténuer les risques et les effets d'éventuels déversements découlant du projet (m.i., par. 107).

[51] À notre avis, le processus mené par l'ONÉ en l'espèce était suffisant pour satisfaire à l'obligation de consulter qui incombait à la Couronne. Premièrement, nous concluons que l'ONÉ a fourni aux Chippewas de la Thames une possibilité adéquate de participer au processus décisionnel. Deuxièmement, nous estimons que l'ONÉ a suffisamment apprécié les effets potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones, ce qui l'a amené à conclure que le risque d'effets préjudiciables était minime et pouvait être atténué. Troisièmement, nous sommes d'accord avec Enbridge pour dire que l'ONÉ a pris des mesures d'accommodement appropriées pour atténuer les risques potentiels du projet sur les droits des groupes autochtones en imposant des conditions à Enbridge.

[52] Premièrement, contrairement aux Inuits dans l'affaire connexe *Clyde River*, les Chippewas de la Thames se sont vu offrir une possibilité suffisante de présenter des observations à l'ONÉ dans le cadre de son processus décisionnel indépendant (conformément aux prescriptions de l'arrêt *Haida*, par. 44). En l'espèce, l'ONÉ a tenu une audience. Il a informé au préalable les groupes autochtones du processus et il les a invités à y participer formellement. Comme il a été indiqué précédemment, les Chippewas de la Thames ont participé au processus en tant qu'intervenants. L'ONÉ leur a fourni de l'aide financière qui leur a permis de préparer et de présenter des éléments de preuve, notamment une étude « préliminaire » sur l'utilisation traditionnelle des terres réalisée par des spécialistes (motifs de la C.A., par. 14). De plus, en qualité d'intervenants, les Chippewas de la Thames ont été en mesure de présenter de manière formelle à Enbridge des demandes de renseignements auxquelles cette dernière a répondu par écrit, et de présenter de vive voix à l'ONÉ des observations finales.

[53] Contrary to the submissions of the Chippewas of the Thames, we do not find that the NEB minimized or failed to apprehend the importance of their asserted Aboriginal and treaty rights. Before the NEB, the Chippewas of the Thames asserted rights that had the potential to be impacted by the project: (a) Aboriginal harvesting and hunting rights; (b) the right to access and preserve sacred sites; (c) Aboriginal title to the bed of the Thames River and its related airspace or, in the alternative, an Aboriginal right to use the water, resources and airspace in the bed of the Thames River; and (d) the treaty right to the exclusive use of their reserve lands. In its written reasons, the NEB expressly recognized these rights. Moreover, in light of the rights asserted, the NEB went on to consider whether affected Indigenous groups had received adequate information regarding the project and a proper opportunity to express their concerns to Enbridge. It noted that the project was to occur within Enbridge's existing right of way on previously disturbed land. No additional Crown land was required. Given the scope of the project and its location, the NEB was satisfied that all Indigenous groups had been adequately consulted.

[54] Second, the NEB considered the potential for negative impacts on the rights and interests of the Chippewas of the Thames. It identified potential consequences that could arise from either the construction required for the completion of the project or the increased risk of spill brought about by the continued operation of Line 9.

[55] The NEB found that any potential negative impacts on the rights and interests of the Chippewas of the Thames from the modification of Line 9 were minimal and could be reasonably mitigated. The NEB found that it was unlikely that the completion of the project would have any impact on the traditional land use rights of Indigenous groups. Given the location of the project and its limited scope, as well as the conditions that the NEB imposed on Enbridge, the NEB was satisfied that the risk of

[53] Contrairement à ce qu'ont affirmé les Chippewas de la Thames, nous n'estimons pas que l'ONÉ a accordé trop peu d'importance aux droits ancestraux et issus de traités qu'ils invoquent, ou qu'il n'en a pas saisi l'importance. Devant l'ONÉ, les Chippewas de la Thames ont fait valoir des droits auxquels le projet était susceptible de porter atteinte : a) des droits ancestraux de récolte et de chasse; b) le droit d'accéder à des sites sacrés et de préserver ces sites; c) le titre ancestral sur le lit et l'espace aérien de la rivière Thames ou, subsidiairement, le droit ancestral d'utiliser l'eau, les ressources et l'espace aérien de la rivière Thames; et d) le droit issu de traités d'utiliser de manière exclusive leurs terres de réserve. Dans ses motifs écrits, l'ONÉ a expressément reconnu ces droits. De plus, l'ONÉ s'est demandé si, compte tenu des droits invoqués, les groupes autochtones touchés avaient reçu des renseignements suffisants concernant le projet et s'ils s'étaient vu offrir une possibilité appropriée de faire part de leurs préoccupations à Enbridge. Il a souligné que le projet serait réalisé sur l'emprise existante d'Enbridge dans des secteurs déjà perturbés et qu'aucune terre publique additionnelle n'était requise. Étant donné l'envergure du projet et son emplacement, l'ONÉ s'est dit convaincu que tous les groupes autochtones avaient été consultés adéquatement.

[54] Deuxièmement, l'ONÉ a examiné la possibilité que le projet ait des effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des Chippewas de la Thames. Il a fait état de possibles conséquences susceptibles de résulter des travaux de construction nécessaires pour mener à bien le projet ou du risque accru de déversements créé par l'exploitation continue de la canalisation 9.

[55] L'ONÉ a conclu que tout effet préjudiciable que pourrait avoir le projet sur les droits et les intérêts des Chippewas de la Thames en raison de la modification de la canalisation 9 était minime et pouvait raisonnablement être atténué. L'ONÉ a estimé qu'il était peu probable que la réalisation du projet ait quelque effet sur les droits des groupes autochtones relatifs à l'utilisation traditionnelle des terres. Vu l'emplacement du projet et son envergure limitée, ainsi que les conditions qu'il a imposées à Enbridge,

negative impact through the completion of the project was negligible.

[56] Similarly, the NEB assessed the increased risk of a spill or leak from Line 9 as a result of the project. It recognized the potential negative impacts that a spill could have on traditional land use, but found that the risk was low and could be adequately mitigated. Given Enbridge's commitment to safety and the conditions imposed upon it by the NEB, the NEB was confident that Line 9 would be operated in a safe manner throughout the term of the project. The risk to the rights asserted by the Chippewas of the Thames resulting from a potential spill or leak was therefore minimal.

[57] Third, we do not agree with the Chippewas of the Thames that the NEB's process failed to provide an opportunity for adequate accommodation. Having enumerated the rights asserted by the Chippewas of the Thames and other Indigenous groups, the adequacy of information provided to the Indigenous groups from Enbridge in light of those rights, and the risks to those rights posed by the construction and ongoing operation of Line 9, the NEB imposed a number of accommodation measures that were designed to minimize risks and respond directly to the concerns posed by affected Indigenous groups. To facilitate ongoing communication between Enbridge and affected Indigenous groups regarding the project, the NEB imposed Condition 24. This accommodation measure required Enbridge to continue to consult with Indigenous groups and produce Ongoing Engagement Reports which were to be provided to the NEB. Similarly, Condition 29 required Enbridge to file a plan for continued engagement with persons and groups during the operation of Line 9. Therefore, we find that the NEB carried out a meaningful process of consultation including the imposition of appropriate accommodation measures where necessary.

l'ONÉ s'est dit convaincu que le risque d'effets préjudiciables attribuable à l'achèvement du projet était négligeable.

[56] De même, l'ONÉ a évalué le risque accru de déversements ou de fuites de la canalisation 9 en raison du projet. Il a reconnu les effets néfastes qu'une fuite pourrait avoir sur l'utilisation traditionnelle des terres, mais il a conclu que ce risque était faible et qu'il pouvait être adéquatement atténué. Compte tenu de l'engagement d'Enbridge quant à la sécurité ainsi que des conditions imposées à cette dernière, l'ONÉ s'est dit confiant que la canalisation 9 serait exploitée de manière sécuritaire pendant toute la durée du projet. Le risque de préjudice aux droits invoqués par les Chippewas de la Thames en raison d'une fuite ou d'un déversement était en conséquence minime.

[57] Troisièmement, nous ne pouvons souscrire à la thèse des Chippewas de la Thames voulant qu'ils n'aient pas eu la possibilité d'obtenir des mesures d'accommodement adéquates dans le cadre du processus de l'ONÉ. Après avoir fait état des droits invoqués par les Chippewas de la Thames et d'autres groupes autochtones, du caractère adéquat des renseignements fournis aux groupes autochtones par Enbridge eu égard à ces droits, ainsi que des risques que posaient la construction et l'exploitation de la canalisation 9, l'ONÉ a imposé plusieurs mesures d'accommodement visant à réduire les risques au minimum et à répondre directement aux préoccupations des groupes autochtones touchés par le projet. Pour faciliter les communications entre Enbridge et les groupes autochtones touchés concernant le projet, l'ONÉ a imposé à Enbridge la condition 24. Cette mesure d'accommodement exigeait qu'Enbridge continue de consulter les groupes autochtones et dépose auprès de l'ONÉ des rapports d'engagement permanent. De même, la condition 29 exigeait qu'Enbridge dépose un plan de consultation continue des personnes et des groupes tout au long de l'exploitation de la canalisation 9. Par conséquent, nous concluons que l'ONÉ a mené un véritable processus de consultation, notamment en imposant au besoin des mesures d'accommodement appropriées.

[58] Nonetheless, the Chippewas of the Thames argue that any putative consultation that occurred in this case was inadequate as the NEB “focused on balancing multiple interests” which resulted in the Chippewas of the Thames’ “Aboriginal and treaty rights [being] weighed by the Board against a number of economic and public interest factors” (A.F., at paras. 95 and 104). This, the Chippewas of the Thames assert, is an inadequate means by which to assess Aboriginal and treaty rights that are constitutionally guaranteed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[59] In *Carrier Sekani*, this Court recognized that “[t]he constitutional dimension of the duty to consult gives rise to a special public interest” which surpasses economic concerns (para. 70). A decision to authorize a project cannot be in the public interest if the Crown’s duty to consult has not been met (*Clyde River*, at para. 40; *Carrier Sekani*, at para. 70). Nevertheless, this does not mean that the interests of Indigenous groups cannot be balanced with other interests at the accommodation stage. Indeed, it is for this reason that the duty to consult does not provide Indigenous groups with a “veto” over final Crown decisions (*Haida*, at para. 48). Rather, proper accommodation “stress[es] the need to balance competing societal interests with Aboriginal and treaty rights” (*Haida*, at para. 50).

[60] Here, the NEB recognized that the impact of the project on the rights and interests of the Chippewas of the Thames was likely to be minimal. Nonetheless, it imposed conditions on Enbridge to accommodate the interests of the Chippewas of the Thames and to ensure ongoing consultation between the proponent and Indigenous groups. The Chippewas of the Thames are not entitled to a one-sided process, but rather, a cooperative one with a view towards reconciliation. Balance and compromise are inherent in that process (*Haida*, at para. 50).

[58] Quoi qu’il en soit, les Chippewas de la Thames plaident que toute soi-disant consultation ayant eu lieu en l’espèce était inadéquate étant donné que l’ONÉ [TRADUCTION] « s’est employé à soulever des intérêts multiples », de sorte que « l’Office a soulevé les droits ancestraux et issus de traités [des Chippewas de la Thames] au regard de nombreux facteurs économiques et d’intérêt public » (m.a., par. 95 et 104). Cette façon de faire, de prétendre les Chippewas de la Thames, ne constitue pas une méthode adéquate pour évaluer des droits ancestraux et issus de traités garantis par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[59] Dans *Carrier Sekani*, la Cour a reconnu que « [l]’aspect constitutionnel de l’obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial » qui l’emporte sur des préoccupations d’ordre économique (par. 70). Une décision autorisant un projet ne saurait servir l’intérêt public s’il n’a pas été satisfait à l’obligation de consulter de la Couronne (*Clyde River*, par. 40; *Carrier Sekani*, par. 70). Toutefois, cela ne signifie pas que les intérêts des groupes autochtones ne peuvent être soulevés avec d’autres intérêts à l’étape des accommodements. C’est d’ailleurs pour cette raison que l’obligation de consulter n’a pas pour effet de créer en faveur des groupes autochtones un droit de « veto » sur les décisions finales de la Couronne (*Haida*, par. 48). Des accommodements convenables reposent plutôt « sur la nécessité d’établir un équilibre entre des intérêts sociétaux opposés et les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones » (*Haida*, par. 50).

[60] En l’espèce, l’ONÉ a reconnu que les effets du projet sur les droits et les intérêts des Chippewas de la Thames seraient vraisemblablement minimes. Il a néanmoins imposé des conditions à Enbridge pour accommoder les intérêts des Chippewas de la Thames et pour faire en sorte que les consultations se poursuivent entre le promoteur et les groupes autochtones. Les Chippewas de la Thames n’ont pas droit à un processus unilatéral, mais plutôt à un processus coopératif visant à favoriser la réconciliation. La mise en équilibre et le compromis font partie intégrante de ce processus (*Haida*, par. 50).

G. *Were the NEB's Reasons Sufficient?*

[61] Finally, in the hearing before us, the Chippewas of the Thames raised the issue of the adequacy of the NEB's reasons regarding consultation with Indigenous groups. The Chippewas of the Thames asserted that the NEB's process could not have constituted consultation in part because of the NEB's failure to engage in a *Haida*-style analysis. In particular, the NEB did not identify the strength of the asserted Aboriginal and treaty rights, nor did it identify the depth of consultation required in relation to each Indigenous group. As a consequence, the Chippewas of the Thames submit that the NEB could not have fulfilled the Crown's duty to consult.

[62] In *Haida*, this Court found that where deep consultation is required, written reasons will often be necessary to permit Indigenous groups to determine whether their concerns were adequately considered and addressed (para. 44). In *Clyde River*, we note that written reasons foster reconciliation (para. 41). Where Aboriginal and treaty rights are asserted, the provision of reasons denotes respect (*Kainaiwa/Blood Tribe v. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, at para. 117 (CanLII)) and encourages proper decision making (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 39).

[63] We agree with the Chippewas of the Thames that this case required the NEB to provide written reasons. Additionally, as we recognized in the companion case *Clyde River*, where affected Indigenous peoples have squarely raised concerns about Crown consultation with the NEB, the NEB must usually provide written reasons (*Clyde River*, at para. 41). However, this requirement does not necessitate a formulaic "*Haida* analysis" in all circumstances (para. 42). Instead, where deep consultation is required and the issue of Crown consultation is raised with the NEB, the NEB will be obliged to "explain how it considered and addressed" Indigenous concerns (*ibid.*). What is necessary is an indication that

G. *Les motifs exposés par l'ONÉ sont-ils suffisants?*

[61] Enfin, à l'audience devant nous, les Chippewas de la Thames ont soulevé la question du caractère suffisant des motifs exposés par l'ONÉ sur les consultations avec les groupes autochtones, affirmant que le processus de l'ONÉ ne pouvait avoir constitué une consultation, notamment parce que l'ONÉ n'a pas procédé à une analyse de type *Haida*. Plus particulièrement, l'ONÉ n'a pas déterminé la solidité des droits ancestraux et issus de traités invoqués ni l'ampleur des consultations nécessaires auprès de chacun des groupes autochtones. En conséquence, les Chippewas de la Thames soutiennent que l'ONÉ ne peut avoir satisfait à l'obligation de consulter incombant à la Couronne.

[62] Dans l'arrêt *Haida*, notre Cour a conclu que, dans les cas où des consultations approfondies sont requises, des motifs écrits sont souvent nécessaires pour permettre aux groupes autochtones de constater si on a adéquatement considéré leurs préoccupations et répondu à celles-ci (par. 44). Dans *Clyde River*, nous faisons remarquer que des motifs écrits favorisent la réconciliation (par. 41). Lorsque des droits ancestraux ou issus de traités sont invoqués, la rédaction de motifs écrits dénote le respect (*Kainaiwa/Blood Tribe c. Alberta (Energy)*, 2017 ABQB 107, par. 117 (CanLII)) et favorise une meilleure prise de décision (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 39).

[63] À l'instar des Chippewas de la Thames, nous sommes d'avis que la présente affaire requérait que l'ONÉ expose des motifs écrits. De plus, comme nous le reconnaissons dans le pourvoi connexe *Clyde River*, lorsque des groupes autochtones touchés soulèvent directement devant l'ONÉ des préoccupations concernant les consultations incombant à la Couronne, l'ONÉ doit habituellement motiver sa décision par écrit (*Clyde River*, par. 41). Toutefois, cette exigence n'oblige pas dans tous les cas à procéder mécaniquement à l'« analyse requise par l'arrêt *Haida* » (par. 42). Lorsqu'une consultation approfondie est requise et que la question de la consultation menée par la Couronne est soulevée devant l'ONÉ,

the NEB took the asserted Aboriginal and treaty rights into consideration and accommodated them where appropriate.

[64] In our view, the NEB's written reasons are sufficient to satisfy the Crown's obligation. It is notable that, unlike the NEB's reasons in the companion case *Clyde River*, the discussion of Aboriginal consultation in this case was not subsumed within an environmental assessment. The NEB reviewed the written and oral evidence of numerous Indigenous interveners and identified, in writing, the rights and interests at stake. It assessed the risks that the project posed to those rights and interests and concluded that the risks were minimal. Nonetheless, it provided written and binding conditions of accommodation to adequately address the potential for negative impacts on the asserted rights from the approval and completion of the project.

[65] For these reasons, we reject the Chippewas of the Thames' assertion that the NEB's reasons were insufficient to satisfy the Crown's duty to consult.

#### V. Conclusion

[66] We are of the view that the Crown's duty to consult was met. Accordingly, we would dismiss this appeal with costs to Enbridge.

*Appeal dismissed with costs to Enbridge Pipelines Inc.*

*Solicitors for the appellant: Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.*

*Solicitors for the respondent Enbridge Pipelines Inc.: Dentons Canada, Calgary; Enbridge Law Department, Calgary.*

ce dernier devra « expliquer de quelle manière il a considéré » les préoccupations autochtones « et il en a tenu compte » (*ibid.*). Ce qu'il faut, c'est que l'ONÉ indique qu'il a pris en considération les droits ancestraux et issus de traités invoqués et qu'il a pris des accommodements à leur égard lorsqu'il convenait de le faire.

[64] À notre avis, les motifs écrits exposés par l'ONÉ sont suffisants et permettent de satisfaire à l'obligation de la Couronne. Il convient de souligner que, contrairement aux motifs de l'ONÉ dans l'affaire connexe *Clyde River*, l'analyse de la consultation menée auprès des Autochtones dans le présent cas n'était pas intégrée dans une évaluation environnementale. En l'espèce, l'ONÉ a examiné les éléments de preuve présentés par écrit et de vive voix par de nombreux intervenants autochtones et il a identifié, par écrit, les droits et intérêts en jeu. Il a apprécié les risques que le projet posait à l'égard de ces droits et intérêts et conclu qu'ils étaient minimes. Néanmoins, il a imposé par écrit, sous forme de conditions contraignantes, des mesures d'accommodement en vue de remédier adéquatement à la possibilité d'effets préjudiciables sur les droits invoqués par suite de l'approbation et de la réalisation du projet.

[65] Pour ces raisons, nous rejetons l'argument des Chippewas de la Thames selon lequel les motifs exposés par l'ONÉ sont insuffisants pour satisfaire à l'obligation de consulter incombant à la Couronne.

#### V. Conclusion

[66] Nous sommes d'avis qu'il a été satisfait à l'obligation de consulter incombant à la Couronne. En conséquence, nous rejeterions le pourvoi, avec dépens en faveur d'Enbridge.

*Pourvoi rejeté avec dépens en faveur de Pipelines Enbridge inc.*

*Procureurs de l'appelante : Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.*

*Procureurs de l'intimée Pipelines Enbridge inc. : Dentons Canada, Calgary; Enbridge Law Department, Calgary.*

*Solicitor for the respondent the National Energy Board: National Energy Board, Calgary.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the intervener the Nunavut Wildlife Management Board: Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Suncor Energy Marketing Inc.: Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary; Suncor Law Department, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke: Mohawk Council of Kahnawake Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke, Quebec.*

*Solicitors for the intervener the Mississaugas of the New Credit First Nation: Pape Salter Teillet, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Procureur de l'intimé l'Office national de l'énergie : Office national de l'énergie, Calgary.*

*Procureure de l'intimée la procureure générale du Canada : Procureure générale du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut : Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Suncor Energy Marketing Inc. : Osler, Hoskin & Harcourt, Calgary; Suncor Law Department, Calgary.*

*Procureur de l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke : Mohawk Council of Kahnawake Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke, Québec.*

*Procureurs de l'intervenante Mississaugas of the New Credit First Nation : Pape Salter Teillet, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Chiefs of Ontario : Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

# INDEX

## APPEALS

Mootness — Application for release pending appeal dismissed — Appeal against conviction subsequently allowed and new trial ordered — Accused released pending re-trial — Appeal from decision refusing bail pending determination of appeal rendered moot — Whether Court should exercise discretion to hear appeal.

R. v. OLAND, 250.

---

## ARBITRATION

Appeals — Jurisdiction — Standard of review — Commercial arbitration awards — Province reducing forestry company's access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties disagreeing as to amount of compensation owed to forestry company and entering into arbitration — Leave to appeal award sought by parties pursuant to s. 31(2) of the Arbitration Act — Appeal of award dismissed in part but dismissal reversed by Court of Appeal — Whether Court of Appeal erred in construing issues decided by arbitrator as questions of law subject to appellate review — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31.

TEAL CEDAR PRODUCTS LTD. v. BRITISH COLUMBIA, 688.

---

## CIVIL PROCEDURE

Contempt of court — Required knowledge — Self-represented plaintiff failing to comply with case management orders and failing to attend case management meetings after having moved without filing change of address with court as required — Case management judge striking claim, finding plaintiff in contempt of court and awarding costs to defendants — Majority of Court of Appeal affirming decision — Dissenting judge finding that plaintiff's failure to attend case management meetings not act of contempt and

## CIVIL PROCEDURE — (Concluded)

that costs award significantly disproportionate consequence for failing to file change of address — Actual knowledge of impugned orders necessary for plaintiff to be found in contempt — Action restored and costs award vacated — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, r. 10.52(3)(a)(iii).

PINTEA v. JOHNS, 470.

---

## COMMERCIAL LAW

Corporations — Oppression — Remedy — Criteria governing imposition of personal liability on corporate directors — Corporation's board refusing conversion of preferred shares held by former director before issuing private placement of convertible secured notes, thereby diluting former director's portfolio — Discussions resulting in refusal being led at board level by director who subsequently had his preferred shares converted so as to benefit from private placement by increasing his control over corporation — Whether trial judge appropriately exercised statutory remedial powers by holding corporate directors personally liable for oppression — Whether pleadings sufficient to ground imposition of personal liability — Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 241(3).

WILSON v. ALHARAYERI, 1037.

---

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Enforcement — Remedy — Damages — Claim brought against statutory board seeking Charter damages for breaching right to freedom of expression — Board applying to strike claim on basis of immunity clause — Whether claim for Charter damages should be struck out because it discloses no cause of action — Whether immunity clause is constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars claim against board for



**CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)**

Charter damages — Whether constitutional question should be decided at this stage of proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10, s. 43.

ERNST V. ALBERTA ENERGY REGULATOR, 3.

2. Charter of Rights — Search and seizure — Remedy — Exclusion of evidence — Telewarrant sought by police officer to investigate theft of electricity — Judicial justice questioning officer as to reasons for which telewarrant sought — Court of Appeal finding that impartiality of judicial justice not compromised by conversation with officer — Court of Appeal finding that impracticability requirement for issuance of telewarrant met and exclusion of evidence unwarranted — Setting aside of acquittals and order for new trial upheld.

R. V. CLARK, 86.

3. Charter of Rights — Freedom of expression — Elections — Individuals or organizations who wish to “sponsor election advertising” required by Election Act to register with Chief Electoral Officer — Meaning of “sponsor” of “election advertising” — Whether individuals engaged in political self-expression come within definition of “sponsor” and need to register — Whether registration requirement is a reasonable and demonstrably justified limit on expression of sponsors who spend less than \$500 on election advertising — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, ss. 228 “election advertising”, 229, 239.

B.C. FREEDOM OF INFORMATION AND PRIVACY ASSOCIATION V. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 93.

4. Charter of Rights — Securities — Offences — Right to trial by jury — Accused charged with offences under Alberta Securities Act, which provides for maximum penalty of imprisonment of five years less a day or fine up to five million dollars or both — Accused seeking determination that maximum penalty engages his constitutional right to trial by jury under s. 11(f) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Provincial Court judge finding that accused has right to jury trial and transferring matter to Court of Queen’s Bench for trial — Reviewing judge disagreeing and returning matter to Provincial Court — Court of Appeal holding that s. 11(f) should be interpreted as primarily engaging deprivation of liberty inherent in maximum sentence of imprisonment imposed by statute and that imprisonment of five years less a day does not become “more severe

**CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)**

punishment” when mere prospect of fine or financial penalty is added — Accused not entitled to trial by jury — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 194.

R. V. PEERS, 196.

5. Charter of Rights — Securities — Offences — Right to trial by jury — Accused charged with offences under Alberta Securities Act, which provides for maximum penalty of imprisonment of five years less a day or fine up to five million dollars or both — Accused seeking determination that maximum penalty engages his constitutional right to trial by jury under s. 11(f) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Provincial Court judge finding that accused not entitled to jury trial — Reviewing judge agreeing — Court of Appeal holding that s. 11(f) should be interpreted as primarily engaging deprivation of liberty inherent in maximum sentence of imprisonment imposed by statute and that imprisonment of five years less a day does not become “more severe punishment” when mere prospect of fine or financial penalty is added — Accused not entitled to trial by jury — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 194.

R. V. AITKENS, 199.

6. Charter of Rights — Search and seizure — Exclusion of evidence — Accused admitting to police to having marihuana in his residence — Accused allowing police to seize roaches after being told this would be “no case” seizure — Warrantless entry by police into residence resulting in police seeing other drugs and weapon and arresting accused — Whether “exigent circumstances”, within meaning of s. 11(7) of Controlled Drugs and Substances Act, made it “impracticable” to obtain warrant before entering and searching residence — Whether accused’s Charter right to be secure against unreasonable search or seizure infringed — If so, whether evidence obtained from warrantless entry and search of residence should be excluded — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 11(7) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. V. PATERSON, 202.

7. Charter of Rights — Freedom of association — Right to strike — Les avocats et notaires de l’État québécois launching indefinite strike — Administrative Labour Tribunal determining what essential services LANEQ’s members would be required to maintain during strike — Requests for adjournment included as essential service — Members of LANEQ requesting adjournment in appeal before Quebec Court of Appeal — Request for adjournment being dismissed on basis that Chief Justice of Quebec regarded

**CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)**

hearings of Court of Appeal as essential service — Decision being appealed on ground that it was not made judicially and was ill-founded in law, and in particular that it impaired right to strike — Special Act being enacted to order members of LANEQ to return to work — Appeal now moot.

LAJEUNESSE (RE), 473.

8. Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Accused jointly charged with fraud, conspiracy to commit fraud, falsifying books and documents, and circulating false prospectus — Accused alleging abuse of process due to pre-charge delay in violation of their constitutional right to security of person — Trial judge granting stay of proceedings — Majority of Court of Appeal finding no basis on which to conclude that trial judge erred in determining that stay of proceedings was appropriate remedy — Dissenting judge finding that accused not deprived of constitutional right to security of person and that stay of proceedings should not have been granted — Stay of proceedings not warranted.

R. v. HUNT, 476.

9. Charter of Rights — Right not to be denied reasonable bail without just cause — Accused denied interim release because he did not meet geographic criteria in s. 515(2)(e) of Criminal Code for cash deposit to be imposed in addition to surety as condition of release — Bail review judge finding geographic limitation infringes s. 11(e) of Canadian Charter of Rights and Freedoms as it has effect of denying accused bail — Bail review judge striking down limitation and ordering accused's release with cash deposit and surety — Whether s. 515(2)(e) of Criminal Code infringes s. 11(e) of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(2)(e).

R. v. ANTIC, 509.

10. Charter of Rights — Right to be tried within a reasonable time — Pre-Jordan delay of more than five years between charges and anticipated end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — Framework for determining s. 11(b) infringement set out in Jordan applied.

R. v. CODY, 659.

11. Inuit — Treaty rights — Crown — Duty to consult — Decision by federal independent regulatory agency which could impact upon treaty rights — Offshore seismic testing for oil and gas resources potentially affecting Inuit treaty rights — National Energy Board authorizing project —

**CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)**

Whether Board's approval process triggered Crown's duty to consult — Whether Crown can rely on Board's process to fulfill its duty — Role of Board in considering Crown consultation before approval of project — Whether consultation was adequate in this case — Canada Oil and Gas Operations Act, R.S.C. 1985, c. O-7, s. 5(1)(b).

CLYDE RIVER (HAMLET) v. PETROLEUM GEO-SERVICES INC., 1069.

12. Aboriginal rights — Treaty rights — Crown — Duty to consult — Decision by federal independent regulatory agency which could impact Aboriginal and treaty rights — Pipeline crossing traditional territory of First Nation — National Energy Board approving modification of pipeline — Whether Board's contemplated decision on project's approval amounted to Crown conduct triggering duty to consult — Whether Crown consultation can be conducted through regulatory process — Role of regulatory tribunal when Crown not a party to regulatory process — Scope of duty to consult — Whether there was adequate notice to First Nation that Crown was relying on Board's process to fulfill its duty to consult — Whether Crown's consultation obligation fulfilled — Whether Board's written reasons were sufficient to satisfy Crown's obligation — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 58.

CHIPPEWAS OF THE THAMES FIRST NATION v. ENBRIDGE PIPELINES INC., 1099.

**CONTRACTS**

Interpretation — Use of factual matrix — Province reducing forestry company's access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties entering into agreement to negotiate compensation owed to forestry company for loss of access to improvements — Agreement precluding payment of interest as part of compensation — Parties disagreeing as to amount of compensation and entering into arbitration — Whether legal question arises from arbitrator's contractual interpretation of forestry company's entitlement to interest.

TEAL CEDAR PRODUCTS LTD. v. BRITISH COLUMBIA, 688.

**CRIMINAL LAW**

1. Sexual assault — Evidence — Expert evidence — Forensic DNA analysis — Trial judge unwarrantedly subjecting evidence of Crown and defence DNA experts to materially different levels of scrutiny — Conviction quashed and new trial ordered.

R. v. AWER, 83.

2. Defences — Officially induced error — Wildlife and fisheries officers charged with assault causing bodily harm after warrantless arrest attempt — Stay of proceedings ordered at trial on basis that officers' acts were based on officially induced error of law — Stay of proceedings set aside by Court of Appeal and officers found guilty — Convictions upheld.

R. v. BÉDARD, 89.

3. Evidence — Assessment — Accused driving group of men to house so they could assault one individual — Fatal stabbing of another individual occurring during home invasion committed by men — Accused charged with manslaughter and breaking and entering with intent to commit indictable offence — Acquittal on manslaughter charge set aside by Court of Appeal and conviction entered — Court of Appeal concluding that it was open to trial judge to find that accused knew home invasion was about to happen — Accused's conviction for manslaughter upheld.

R. v. NATEWAYES, 91.

4. Evidence — Alibi — Similar fact evidence — Fire set to garage and trees destroyed on victims' property — Trial judge finding that accused deliberately provided false alibi — Trial judge assessing defence theory that someone other than accused was responsible for prior acts of vandalism against victims — Court of Appeal finding that deliberately false alibi could properly be relied upon by trial judge as evidence of guilt — Court of Appeal concluding that trial judge did not make improper use of prior vandalism evidence as similar fact evidence supporting conviction — Convictions upheld.

R. v. CLIFFORD, 164.

5. Evidence — Admissibility — Fresh evidence — Accused charged with second degree murder and assault with a weapon following shooting — Accused seeking to adduce new evidence on appeal consisting of statements of witness made at trial of co-accused and to police after accused's trial and suggesting he was not shooter — Court of Appeal finding that criteria for admission of new evidence met and that new evidence should be admitted — Admission of fresh

**CRIMINAL LAW — (Continued)**

evidence, setting aside of convictions and order for new trial upheld.

R. v. BROWN, 166.

6. Appeals — Misapprehension of evidence — Unreasonable verdict — Accused convicted of sexual assault causing bodily harm — Court of Appeal finding that trial judge did not misapprehend evidence — Verdict not unreasonable — Conviction upheld.

R. v. OLOTU, 168.

7. Evidence — Expert evidence — Admissibility — Drug recognition evaluation — Drug recognition expert certified under statutory scheme determining accused driving while drug impaired — Whether s. 254(3.1) of Criminal Code provides for automatic admissibility at trial of opinion evidence of such expert — If not, whether that testimony admissible as expert opinion pursuant to common law rules of evidence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(3.1) — Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations, SOR/2008-196.

R. v. BINGLEY, 170.

8. Evidence — Admissibility — Voir dire — Accused admitting to police to having marihuana in his residence — Whether Crown required to prove voluntariness of accused's statement prior to its admission at voir dire considering lawfulness of entry and search of accused's residence — Whether common law confessions rule should apply to statements tendered in context of voir dire under Charter.

R. v. PATERSON, 202.

9. Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused acquitted of several counts of assault and sexual assault by jury — Court of Appeal holding that trial judge erred in allowing cross-examination of complainant on prior sexual activity and in denying Crown applications to lead evidence to rebut allegations of recent fabrication — Majority of Court of Appeal finding that jury verdict should not be set aside despite trial judge's errors — Dissenting judge finding that proper remedy is to set aside acquittals and order new trial — New trial ordered on all charges.

R. v. S.B., 248.

10. Interim release — Appeals — Appeal judge dismissing application for release pending appeal because applicant failed to establish that detention "not necessary in the public interest" under s. 679(3)(c) of Criminal Code — Principles and policy considerations by which appellate courts

**CRIMINAL LAW — (Continued)**

should be guided in deciding whether someone convicted of serious crime and sentenced to lengthy term of imprisonment should be released on bail pending determination of appeal — Proper interpretation and application of s. 679(3)(c) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 679(3)(c).

R. v. OLAND, 250.

11. Interim release — Review hearing — Standard of review — Appeal judge dismissing application for release pending appeal — Chief Justice of Court of Appeal directing review of dismissal decision by three-judge panel under s. 680(1) of Criminal Code — Test to be applied by Chief Justice in deciding whether to direct panel review — Standard of review to be applied by reviewing panel — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 680(1).

R. v. OLAND, 250.

12. Evidence — Assessment — Credibility of witnesses — Court of Appeal finding that guilty verdict was reasonable and compatible with evidence — Convictions affirmed.

R. v. SAVARD, 400.

13. Costs — Lawyers — Courts — Jurisdiction — Superior Court dismissing motions of defence lawyer for writs of prohibition and awarding costs against lawyer personally — Court of Appeal setting award aside — Criteria and process applicable to exercise by courts of their power to impose such sanction on lawyer — Whether awarding costs against lawyer personally was justified in this case — Whether Court of Appeal erred in substituting its own opinion for that of Superior Court.

QUEBEC (DIRECTOR OF CRIMINAL AND PENAL PROSECUTIONS) v. JODOIN, 478.

14. Interim release — Accused denied interim release because he did not meet geographic criteria in s. 515(2)(e) of Criminal Code for cash deposit to be imposed in addition to surety as condition of release — Principles and guidelines governing application of interim release provisions — Proper interpretation and application of s. 515(2)(e) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 515(2)(e).

R. v. ANTIC, 509.

15. Evidence — Hearsay — Admissibility — Principled exception to hearsay rule — Trial judge admitting co-accused's hearsay statement into evidence — When can trial judge rely on corroborative evidence to conclude that threshold reliability of hearsay statement is established.

R. v. BRADSHAW, 865.

**CRIMINAL LAW — (Concluded)**

16. Evidence — Admissibility — Certificate of analysis for breath test results — Accused charged with driving with blood-alcohol level over legal limit — Statutory scheme providing for evidentiary shortcuts which permit Crown to establish, at trial, accused's blood-alcohol concentration at time of offence by filing certificate recording accused's breath readings, subject to certain preconditions — Whether phrase "pursuant to a demand made under subsection 254(3)" of Criminal Code means demand for breath sample made by police must be lawful for evidentiary shortcuts to apply — Whether previous Court ruling which found that requirement of reasonable grounds to demand breath sample was not precondition to operation of shortcuts remains good law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(c), (g).

R. v. ALEX, 967.

17. Defences — Mistake of age — Appeals — Jurisdiction of Court of Appeal — Verdict of acquittal — Accused charged with sexual offences against youth — Availability of mistake of age defence limited by requirement that accused took all reasonable steps to ascertain complainant's age — Whether trial judge made legal errors in reasonable steps analysis — If so, whether errors were sufficiently material to justify appellate intervention — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 150.1(4).

R. v. GEORGE, 1021.

**HUMAN RIGHTS**

Discriminatory practices — Discrimination based on mental or physical disability — Drug dependency — Employer's policy aimed at ensuring safety required employees to disclose dependence or addiction issues before drug-related incident — Employee involved in accident — Employee tested positive for drug use — Employer terminated employee's employment pursuant to policy — Whether employee was terminated for addiction or for breaching policy — If termination constituted prima facie discrimination, whether employer met its obligation to accommodate employee to point of undue hardship — Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 2000, c. H-14, s. 7(1).

STEWART v. ELK VALLEY COAL CORP., 591.

## INJUNCTIONS

Interlocutory injunction — Non-party — Technology company bringing action against distributor for unlawful use and sale of its intellectual property through Internet — Company granted interlocutory injunction against Google, a non-party to underlying action, to cease indexing or referencing certain search results on its Internet search engine — Whether Google can be ordered, pending trial of action, to globally de-index websites of distributor which, in breach of several court orders, is using those websites to unlawfully sell intellectual property of another company — Whether Supreme Court of British Columbia had jurisdiction to grant injunction with extraterritorial effect — Whether, if it did, it was just and equitable to do so.

GOOGLE INC. v. EQUUSTEK SOLUTIONS INC., 824.

---

## INSURANCE

1. Automobile insurance — Excess insurance policy — SEF 44 Endorsement — Deductions — Insured awarded damages for injuries sustained in motor vehicle accident — Tortfeasor's insurance coverage inadequate to cover quantum of jury award — Clause of insured's Endorsement stipulating that amounts recoverable under "any policy of insurance providing disability benefits or loss of income benefits or medical expense or rehabilitation benefits" must be deducted from shortfall of damages award in determining amount payable by insurer — Whether Canada Pension Plan is a "policy of insurance providing disability benefits" within meaning of Endorsement.

SABEAN v. PORTAGE LA PRAIRIE MUTUAL INSURANCE Co., 121.

2. Automobile insurance — Bodily injury — No-fault public automobile insurance scheme — Automobile accident causing injury — Victims suffering aggravated or separate injuries because of subsequent faults attributable to third parties — Whether bodily injuries suffered by victims were "suffered . . . in an accident" within meaning of Automobile Insurance Act — Type of causal link required in case of subsequent fault committed by third party — Whether civil action against third parties in question is barred by application of public compensation scheme — Automobile Insurance Act, CQLR, c. A-25, ss. 1 "accident", "damage caused by an automobile", 83.57.

Godbout v. Pagé, 283.

## INSURANCE — (Concluded)

3. Personal insurance — Exclusion — Insurance contract providing for benefits to heirs of insured if he died as result of accident — Exclusion clause to effect that there is no entitlement to benefits under contract "if the accident occurred while the insured was participating in an indictable offence" — Insured dying in motorcycle accident while being chased by police — Offences for which insured could have been prosecuted had he not died are hybrid offences — Exclusion from insurance policy may not be set up against heirs of insured, as art. 2402 of Civil Code of Québec, on which exclusion was based, concerns only indictable offences, those that are punishable exclusively by way of indictment, and not hybrid offences — Civil Code of Québec, art. 2402.

DESJARDINS FINANCIAL SECURITY LIFE ASSURANCE Co. v. ÉMOND, 358.

---

## INTELLECTUAL PROPERTY

Patents — Medicines — Validity — Pharmaceutical patent invalidated for want of utility on basis of promise of patent doctrine — Whether doctrine is correct approach to determine whether invention has sufficient utility under s. 2 of Patent Act — Whether drug for which pharmaceutical patent was granted is "useful" within meaning of s. 2 of Patent Act at filing date — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 2 "invention".

ASTRAZENECA CANADA INC. v. APOTEX INC., 943.

---

## LAW OF PROFESSIONS

1. Barristers and solicitors — Continuing professional development — Law Society suspending lawyer for failing to comply with Rules of the Law Society of Manitoba imposing mandatory professional development — Lawyer seeking declaration that impugned rules invalid because they impose suspension for non-compliance without right to hearing or right of appeal — Whether rules valid in light of Law Society's mandate under The Legal Profession Act, C.C.S.M., c. L107.

GREEN v. LAW SOCIETY OF MANITOBA, 360.

**LAW OF PROFESSIONS — (Concluded)**

2. Barristers and solicitors — Law society — Rules — Standard of review — Statute governing legal profession empowering benchers of Law Society of Manitoba to make rules of general application to profession — Standard of review applicable to rules made by Law Society.

GREEN V. LAW SOCIETY OF MANITOBA, 360.

---

**NATURAL RESOURCES**

Forests — Permits and licences — Province reducing forestry company's access to improvements on Crown land used to harvest timber — Parties disagreeing as to amount of compensation owed to forestry company and entering into arbitration — Whether arbitrator's conclusion that forestry company's losses may be valued on basis of depreciation replacement cost method was reasonable — Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, c. 17, s. 6(4).

TEAL CEDAR PRODUCTS LTD. V. BRITISH COLUMBIA, 688.

---

**PRESCRIPTION**

1. Acquisitive prescription — Immovables — Publication of rights — Effective possession of parking space on neighbouring lot for more than 10 years — Application by new owners for injunction to stop possessor from parking on their property being dismissed by Superior Court and Court of Appeal — Provision of Civil Code stating that person who has possessed immovable as its owner for 10 years "may acquire the ownership of it only upon a judicial application" — Whether right of ownership acquired by prescription that has not been subject of judicial application may be set up against new owner of immovable who has registered title in land register — Respective roles of acquisitive prescription and publication of rights system in Quebec civil law — Nature of judgment resulting from application for judicial recognition of right of ownership acquired by prescription — Civil Code of Québec, arts. 922, 2910, 2918.

OSTIGUY V. ALLIE, 402.

2. Extinctive prescription — Beginning of prescription period — Action for recovery of lawyer's professional fees — Fee agreement providing for 30-day period for payment

**PRESCRIPTION — (Concluded)**

of invoices — Lawyer bringing action to claim unpaid fees after several invoices had been sent — Trial judge concluding that action was prescribed, because it had been instituted more than three years after date of each invoice — Court of Appeal instead holding that prescription had not begun to run until expiration of 30-day period specified in fee agreement for payment of each invoice — Date when lawyer's right to claim professional fees arose — Whether action is prescribed — Civil Code of Québec, art. 2880 para. 2.

PELLERIN SAVITZ LLP V. GUINDON, 575.

---

**PRIVACY**

Courts — Jurisdiction — British Columbia's Privacy Act providing that despite anything contained in another Act, actions under Privacy Act must be heard and determined by Supreme Court of that province — Statute silent on contractual provisions — Whether Privacy Act overrides forum selection clauses — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4.

DOUEZ V. FACEBOOK, INC., 751.

---

**PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

Courts — Jurisdiction — Choice of forum — Forum selection clauses — Consumer contract of adhesion — Company with head office in California operating online social network — Company's terms of use containing forum selection clause in favour of California courts — Resident of British Columbia and member of company's online social network bringing action against company in British Columbia relying on statutory tort pursuant to British Columbia's Privacy Act — Whether action should be stayed on basis of forum selection clause contained in terms of use — Common law test for forum selection clauses applied in consumer context — Whether analysis of forum selection clauses should be subsumed under forum non conveniens test adopted in s. 11 of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4 — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.

DOUEZ V. FACEBOOK, INC., 751.

---

**PROPERTY**

Real property — Adverse possession — Required elements — Successive occupants — Possessors of land alleging that their predecessors acquired title to disputed lot by adverse possession and seeking declaration that they are owners of lot — Chambers judge found gap in evidence for period of four years interrupted continuity of adverse possession — Whether evidence put before chambers judge was sufficient to bridge evidentiary gap — Whether Court of Appeal erred by substituting its own findings of fact for those properly arrived at by chambers judge — Whether inconsistent use requirement forms part of law of British Columbia.

NELSON (CITY) v. MOWATT, 138.

---

**TORTS**

Negligence — Motor vehicles — Mental injury — Damages — Claimant suing in negligence as result of motor vehicle accident — Trial judge awarding claimant damages for mental injury based on testimony of lay witnesses rather than on expert evidence establishing identified medical cause — What constitutes mental injury — Whether recovery for mental injury requires expert evidence or other proof of recognized psychiatric illness — Whether claimant sustained damage — Whether matter should be remanded to Court of Appeal.

SAADATI v. MOORHEAD, 543.

---

# INDEX

## APPELS

Caractère théorique — Rejet d'une demande de mise en liberté en attendant l'issue de l'appel — Appel de la déclaration de culpabilité subséquemment accueilli et nouveau procès ordonné — Accusé mis en liberté en attendant l'issue de son nouveau procès — Pourvoi formé contre la décision refusant une mise en liberté sous caution en attendant l'issue de l'appel devenu théorique — La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre le pourvoi?

R. C. OLAND, 250.

---

## ARBITRAGE

Appels — Compétence — Norme de contrôle — Sentences arbitrales commerciales — Réduction par la province de l'accès d'une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Désaccord des parties sur le montant de l'indemnité due à l'entreprise forestière et recours par celles-ci à l'arbitrage — Parties demandant l'autorisation d'interjeter appel de la sentence en vertu de l'art. 31(2) de l'Arbitration Act — Appel de la sentence rejeté en partie mais rejet infirmé par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en considérant les questions tranchées par l'arbitre comme des questions de droit susceptibles de contrôle en appel? — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, art. 31.

TEAL CEDAR PRODUCTS LTD. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 688.

---

## ASSURANCES

1. Assurance automobile — Police de garantie complémentaire — Avenant SEF 44 — Déductions — Jugement accordant à l'assuré des dommages-intérêts pour des blessures subies dans un accident d'automobile — Couverture d'assurance de l'auteur du délit insuffisante pour payer le montant des dommages accordés par le jury — Clause de l'avenant de l'assuré prévoyant que, pour l'établissement du montant payable par l'assureur, les montants recouvrables

## ASSURANCES — (Fin)

aux termes « de toute police d'assurance stipulant une indemnité d'invalidité ou de réadaptation, ou une indemnité pour manque à gagner ou frais médicaux » doivent être déduits de la somme manquante des dommages-intérêts accordés — Le Régime de pensions du Canada constitue-t-il une « police d'assurance stipulant une indemnité d'invalidité » au sens de l'avenant?

SABEAN C. PORTAGE LA PRAIRIE MUTUAL INSURANCE Co., 121.

2. Assurance automobile — Préjudice corporel — Régime public d'assurance automobile sans égard à la responsabilité — Accident d'automobile ayant causé un préjudice — Victimes ayant subi un préjudice aggravé ou distinct en raison d'une faute subséquente imputable à des tierces parties — Le préjudice corporel subi par les victimes a-t-il été « causé dans un accident » au sens de la Loi sur l'assurance automobile? — Type de lien de causalité nécessaire en cas de faute subséquente commise par un tiers — Une poursuite civile contre les tiers en cause est-elle irrecevable du fait de l'application du régime public d'indemnisation? — Loi sur l'assurance automobile, RLRQ, c. A-25, art. 1 « accident », « préjudice causé par une automobile », 83.57.

GODBOUT C. PAGÉ, 283.

3. Assurances de personnes — Exclusion — Contrat d'assurance prévoyant une prestation aux héritiers d'un assuré qui décède en raison d'un accident — Clause d'exclusion selon laquelle le contrat ne donne droit à aucune prestation « si l'accident survient lors de la participation de l'assuré à tout acte criminel » — Assuré décédé lors d'un accident de motocyclette dans le contexte d'une poursuite policière — Infractions pour lesquelles l'assuré aurait pu être poursuivi, n'eût été son décès, faisant partie de la catégorie des infractions hybrides — L'exclusion de la police d'assurance n'est pas opposable aux héritiers de l'assuré puisque l'art. 2402 du Code civil du Québec, sur lequel l'exclusion est fondée, ne concerne que les actes criminels exclusivement punissables par voie de mise en accusation et non les infractions hybrides — Code civil du Québec, art. 2402.

DESJARDINS SÉCURITÉ FINANCIÈRE, COMPAGNIE D'ASSURANCE VIE C. ÉMOND, 358.

---



**BIENS**

Biens réels — Possession adversative — Éléments exigés — Occupants successifs — Allégation par les possesseurs d'un bien-fonds que leurs prédécesseurs avaient acquis le lot en litige par possession adversative et sollicitation de leur part d'une déclaration attestant de leur statut de propriétaire du lot — Lacune dans la preuve quant à quatre années d'interruption de la continuité de la possession adversative selon le juge en cabinet — La preuve présentée au juge en cabinet était-elle suffisante pour pallier la lacune de la preuve? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant ses propres conclusions de fait à celles qu'a correctement tirées le juge en cabinet? — L'exigence de l'usage incompatible fait-elle partie du droit de la Colombie-Britannique?

NELSON (CITY) C. MOWATT, 138.

---

**CONTRATS**

Interprétation — Recours au fondement factuel — Réduction par la province de l'accès d'une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Conclusion par les parties d'une convention en vue de négocier l'indemnité due à l'entreprise forestière pour la perte de l'accès à des améliorations — Convention écartant le paiement d'intérêts sur l'indemnité — Désaccord des parties sur le montant de l'indemnité et recours par celles-ci à l'arbitrage — Une question de droit découle-t-elle de l'interprétation contractuelle donnée par l'arbitre au droit de l'entreprise forestière de toucher des intérêts?

TEAL CEDAR PRODUCTS LTD. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 688.

---

**DROIT COMMERCIAL**

Sociétés par actions — Abus — Réparation — Critères régissant l'imposition d'une responsabilité personnelle à des administrateurs d'une société — Refus du conseil d'administration de la société de permettre la conversion des actions privilégiées détenues par un ancien administrateur avant de procéder à un placement privé de billets garantis convertibles, diluant ainsi le portefeuille de l'ancien administrateur — Discussions au conseil d'administration ayant

**DROIT COMMERCIAL — (Fin)**

donné lieu au refus dirigées par un administrateur dont les actions privilégiées ont par la suite été converties de sorte qu'il puisse retirer un bénéfice personnel du placement privé en augmentant son contrôle sur la société — Le juge du procès a-t-il correctement exercé les pouvoirs de réparation prévus dans la loi en concluant que les administrateurs de la société étaient personnellement responsables de l'abus? — Les actes de procédure étaient-ils suffisants pour justifier l'imposition d'une responsabilité personnelle? — Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 241(3).

WILSON C. ALHARAYERI, 1037.

---

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

1. Charte des droits — Application — Réparation — Dommages-intérêts — Demande de dommages-intérêts présentée en vertu de la Charte contre un office créé par la loi pour violation du droit à la liberté d'expression — Office sollicitant la radiation de la demande sur la base d'une disposition d'immunité — Y a-t-il lieu de radier la demande de dommages-intérêts fondée sur la Charte parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action? — La disposition d'immunité est-elle inapplicable ou inopérante du point de vue constitutionnel en ce qu'elle fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l'office en vertu de la Charte? — Y a-t-il lieu de trancher la question constitutionnelle à ce stade de l'instance? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10, art. 43.

ERNST C. ALBERTA ENERGY REGULATOR, 3.

2. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Réparation — Exclusion de la preuve — Télémandat sollicité par un policier afin d'enquêter sur un vol d'électricité — Policier questionné par le juge de paix judiciaire au sujet des raisons invoquées au soutien de la demande de télémandat — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'impartialité du juge de paix judiciaire n'a pas été compromise par la conversation avec le policier — Conclusion de la Cour d'appel portant que la condition d'inconfort requise pour la délivrance du télémandat était respectée et que l'exclusion de la preuve n'était pas justifiée — Annulation des acquittements et ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès confirmés.

R. C. CLARK, 86.

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)**

3. Charte des droits — Liberté d'expression — Élections — L'Electon Act oblige le particulier ou l'organisation qui souhaite « commanditer de la publicité électorale » à s'inscrire auprès du directeur général des élections — Signification de « commanditaire » de « publicité électorale » — Le particulier qui s'exprime politiquement à titre personnel tombe-t-il sous le coup de la définition de « commanditaire » et est-il tenu de s'inscrire? — L'obligation de s'inscrire constitue-t-elle une restriction de la liberté d'expression du commanditaire dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer lorsque les dépenses électorales d'un commanditaire sont inférieures à 500 \$? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, art. 228 « election advertising » (publicité électorale), 229, 239.

B.C. FREEDOM OF INFORMATION AND PRIVACY ASSOCIATION C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROUREUR GÉNÉRAL), 93.

4. Charte des droits — Valeurs mobilières — Infractions — Droit à un procès avec jury — Accusé inculpé d'infractions à la loi sur les valeurs mobilières de l'Alberta, qui prévoit une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans moins un jour ou une amende d'au plus cinq millions de dollars, ou les deux — Demande de l'accusé en vue d'obtenir une décision statuant que la peine maximale met en jeu son droit constitutionnel à un procès avec jury prévu par l'art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés — Décision du juge de la Cour provinciale concluant que l'accusé a droit à un procès avec jury et transférant l'affaire pour instruction devant la Cour du Banc de la Reine — Décision à l'effet contraire de la juge chargée du contrôle et renvoi par celle-ci de l'affaire à la Cour provinciale — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'art. 11f) de la Charte doit être considéré comme visant principalement la privation de liberté découlant de la peine d'emprisonnement maximale prévue par un texte de loi et qu'un emprisonnement de cinq ans moins un jour ne devient pas une « peine plus grave » du seul fait que s'y ajoute le risque d'une amende ou autre sanction pécuniaire — Droit à un procès avec jury refusé à l'accusé — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 194.

R. C. PEERS, 196.

5. Charte des droits — Valeurs mobilières — Infractions — Droit à un procès avec jury — Accusé inculpé d'infractions à la loi sur les valeurs mobilières de l'Alberta, qui prévoit une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans moins un jour ou une amende d'au plus cinq millions de dollars, ou les deux — Demande de l'accusé en vue d'obtenir une décision statuant que la peine maximale met en

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)**

jeu son droit constitutionnel à un procès avec jury prévu par l'art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés — Décision du juge de la Cour provinciale concluant que l'accusé n'a pas droit à un procès avec jury — Conclusion au même effet du juge chargé du contrôle — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'art. 11f) doit être considéré comme visant principalement la privation de liberté découlant de la peine d'emprisonnement maximale prévue par un texte de loi et qu'un emprisonnement de cinq ans moins un jour ne devient pas une « peine plus grave » du seul fait que s'y ajoute le risque d'une amende ou autre sanction pécuniaire — Droit à un procès avec jury refusé à l'accusé — Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 194.

R. C. AITKENS, 199.

6. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Exclusion de la preuve — Accusé ayant avoué aux policiers avoir de la marijuana chez lui — Accusé ayant autorisé les policiers à saisir des mégots après que ces derniers lui eurent dit qu'ils effectueraient une saisie « sans poursuite » — Entrée sans mandat ayant permis aux policiers de constater la présence d'autres drogues et d'une arme à feu dans la résidence puis ayant entraîné l'arrestation de l'accusé — L'« urgence de la situation », au sens de l'art. 11(7) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, a-t-elle rendu « difficilement réalisable » l'obtention d'un mandat avant l'entrée et la perquisition dans la résidence? — Y a-t-il eu atteinte au droit constitutionnel de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, la preuve recueillie grâce à l'entrée et à la perquisition sans mandat devrait-elle être écartée? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 11(7) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. PATERSON, 202.

7. Charte des droits — Liberté d'association — Droit de grève — Déclenchement d'une grève illimitée par Les avocats et notaires de l'État québécois — Détermination par le Tribunal administratif du travail des services essentiels que doivent maintenir les membres de LANEQ au cours de la grève — Demandes de remise figurant parmi les services essentiels — Demande de remise formulée par des membres de LANEQ dans le cadre d'un pourvoi devant la Cour d'appel du Québec — Demande de remise refusée au motif que la Juge en chef du Québec considère que les audiences de la Cour d'appel constituent un service essentiel — Décision portée en appel au motif qu'elle a été rendue sans agir judiciairement et repose sur des considérations erronées en droit, notamment en ce qu'elle porte atteinte au droit de

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)**

grève — Loi spéciale adoptée ordonnant le retour au travail des membres de LANEQ — Pourvoi devenu théorique.

LAJEUNESSE (RE), 473.

8. Charte des droits — Réparation — Arrêt des procédures — Accusés inculpés conjointement de fraude, de complot en vue de commettre une fraude, de falsification de livres et de documents et de mise en circulation d'un faux prospectus — Abus de procédure invoqué par les accusés au motif que le délai écoulé avant le dépôt des accusations a violé le droit à la sécurité de leur personne que leur garantit la Constitution — Arrêt des procédures accordé par le juge du procès — Cour d'appel jugeant majoritairement à l'absence de fondement permettant de conclure que le juge du procès a fait erreur en décidant que l'arrêt des procédures constituait la réparation convenable — Juge dissidente concluant que les accusés n'ont pas été privés de leur droit constitutionnel à la sécurité de leur personne et que l'arrêt des procédures n'aurait pas dû leur être accordé — Arrêt des procédures non justifié.

R. C. HUNT, 476.

9. Charte des droits — Droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable — Refus à l'accusé d'une mise en liberté provisoire au motif qu'il ne satisfait pas aux critères géographiques prévus à l'art. 515(2)e) du Code criminel, critères applicables pour que puisse être exigé un dépôt d'argent, en plus d'une caution, comme condition de la mise en liberté — Conclusion du juge saisi de la demande de révision de l'ordonnance relative à la mise en liberté sous caution portant que la limite géographique contrevient à l'art. 11e) de la Charte canadienne des droits et libertés parce qu'elle a pour effet de priver l'accusé d'une mise en liberté sous caution — Juge saisi de la demande de révision annulant cette limite et ordonnant la libération de l'accusé avec dépôt d'argent et caution — L'article 515(2)e) du Code criminel porte-t-il atteinte à l'art. 11e) de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(2)e).

R. C. ANTIC, 509.

10. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Écoulement avant le prononcé de l'arrêt Jordan d'un délai de plus de cinq ans entre le dépôt des accusations et la conclusion anticipée du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Application du cadre énoncé dans Jordan pour établir s'il y a eu violation de l'art. 11b).

R. C. CODY, 659.

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)**

11. Inuits — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consultation — Décision d'un organisme de réglementation fédéral indépendant qui pourrait avoir une incidence sur des droits issus de traités — Essais sismiques extracôtiers liés aux ressources pétrolières et gazières et susceptibles d'avoir une incidence sur des droits issus de traités des Inuits — Projet autorisé par l'Office national de l'énergie — Le processus d'approbation de l'Office a-t-il donné naissance à l'obligation de consulter de la Couronne? — La Couronne peut-elle s'en remettre au processus de l'Office pour satisfaire à son obligation? — Rôle de l'Office dans l'appréciation de la consultation incombant à la Couronne avant l'approbation d'un projet — La consultation a-t-elle été adéquate en l'espèce? — Loi sur les opérations pétrolières au Canada, L.R.C. 1985, c. O-7, art. 5(1)b).

CLYDE RIVER (HAMEAU) C. PETROLEUM GEO-SERVICES INC., 1069.

12. Droits ancestraux — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consultation — Décision d'un organisme de réglementation fédéral indépendant qui pourrait avoir une incidence sur des droits ancestraux et issus de traités — Pipeline traversant le territoire traditionnel d'une première nation — Approbation par l'Office national de l'énergie d'une modification du pipeline — La décision envisagée par l'Office relativement à l'approbation du projet peut-elle être considérée comme une mesure de la Couronne ayant donné naissance à l'obligation de consulter? — La consultation incombant à la Couronne peut-elle être menée dans le cadre d'un processus réglementaire? — Rôle d'un tribunal administratif lorsque la Couronne n'est pas partie au processus réglementaire — Étendue de l'obligation de consulter — La première nation a-t-elle été avisée adéquatement du fait que la Couronne s'en remettait au processus de l'Office pour satisfaire à son obligation de consulter? — La Couronne s'est-elle acquittée de son obligation de consulter? — Les motifs écrits de l'Office étaient-ils suffisants pour satisfaire à l'obligation de la Couronne? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 58.

CHIPPENAS OF THE THAMES FIRST NATION C. PIPELINES ENBRIDGE INC., 1099.

**DROIT CRIMINEL**

1. Agression sexuelle — Preuve — Preuve d'expert — Analyse génétique — Témoignages des experts en ADN de la Couronne et de la défense soumis de manière injustifiée

**DROIT CRIMINEL — (Suite)**

par le juge du procès à des degrés fondamentalement différents d'examen — Déclaration de culpabilité écartée et nouveau procès ordonné.

R. C. AWER, 83.

2. Moyens de défense — Erreur provoquée par une personne en autorité — Agents de la faune et des pêches accusés de voies de fait infligeant des lésions corporelles suite à une tentative d'arrestation sans mandat — Arrêt des procédures prononcé en première instance au motif que les agents ont agi sur la foi d'une erreur de droit provoquée par une personne en autorité — Arrêt des procédures annulé par la Cour d'appel et agents déclarés coupables — Déclarations de culpabilité confirmées.

R. C. BÉDARD, 89.

3. Preuve — Appréciation — Groupe d'hommes conduit par l'accusée à une maison en vue d'y agresser une certaine personne — Personne différente poignardée à mort pendant le braquage à domicile commis par ces hommes — Accusée inculpée d'homicide involontaire coupable et d'introduction par effraction dans un dessein criminel — Acquittement écarté par la Cour d'appel quant à l'accusation d'homicide involontaire coupable et verdict de culpabilité consigné — Conclusion de la Cour d'appel portant qu'il était loisible au juge du procès de statuer que l'accusée savait qu'un braquage à domicile était sur le point d'avoir lieu — Déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusée pour homicide involontaire coupable confirmée.

R. C. NATEWAYES, 91.

4. Preuve — Alibi — Preuve de faits similaires — Garage incendié et arbres détruits sur la propriété des victimes — Conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé aurait délibérément fourni un faux alibi — Considération par le juge du procès de la thèse de la défense selon laquelle quelqu'un d'autre que l'accusé aurait été responsable d'actes de vandalisme antérieurs commis contre les victimes — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'alibi délibérément faux pouvait à bon droit être invoqué par le juge du procès comme un élément de preuve tendant à établir la culpabilité — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès n'a pas irrégulièrement utilisé la preuve relative aux actes de vandalisme antérieurs comme preuve de faits similaires appuyant la déclaration de culpabilité — Déclarations de culpabilité confirmées.

R. C. CLIFFORD, 164.

5. Preuve — Admissibilité — Nouveaux éléments de preuve — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré et

**DROIT CRIMINEL — (Suite)**

d'agression armée à la suite d'une fusillade — Demande présentée par l'accusé afin d'être autorisé à produire lors de l'appel de nouveaux éléments de preuve constitués de déclarations faites par un témoin au procès d'un coaccusé et aux policiers après le procès de l'accusé et tendant à indiquer qu'il n'était pas une des personnes ayant tiré des coups de feu — Conclusion de la Cour d'appel portant que les critères d'admissibilité de nouveaux éléments de preuve étaient respectés et que les nouveaux éléments proposés devaient être admis — Admission de nouveaux éléments de preuve, annulation des déclarations de culpabilité et ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès confirmées.

R. C. BROWN, 166.

6. Appels — Interprétation erronée de la preuve — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle infligeant des lésions corporelles — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès n'a pas mal interprété la preuve — Verdict jugé non déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. OLOTU, 168.

7. Preuve — Preuve d'expert — Admissibilité — Évaluation en reconnaissance de drogues — Conclusion de l'expert en reconnaissance de drogues, certifié conformément au régime législatif, selon laquelle l'accusé a conduit avec les facultés affaiblies par la drogue — L'article 254(3.1) du Code criminel prévoit-il l'admissibilité automatique au procès du témoignage d'opinion d'un tel expert? — Si ce n'est pas le cas, ce témoignage est-il admissible en tant que témoignage d'opinion d'un expert suivant les règles de preuve en common law? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254(3.1) — Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool), DORS/2008-196.

R. C. BINGLEY, 170.

8. Preuve — Admissibilité — Voir-dire — Accusé ayant avoué aux policiers avoir de la marijuana chez lui — Le ministère public était-il tenu de prouver le caractère volontaire de la déclaration de l'accusé pour que celle-ci puisse être admise en preuve lors du voir-dire tenu sur la légalité de l'entrée et de la perquisition chez l'accusé? — La règle des confessions de la common law devrait-elle s'appliquer aux déclarations considérées lors d'un voir-dire constitutionnel?

R. C. PATERSON, 202.

9. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Accusé acquitté par le jury de plusieurs chefs de voies de fait et d'agression sexuelle — Conclusion de la Cour d'appel

**DROIT CRIMINEL — (Suite)**

portant que le juge du procès a fait erreur en permettant le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de son comportement sexuel antérieur et en rejetant les requêtes présentées par le ministère public en vue d'être autorisé à produire une preuve tendant à réfuter les allégations de fabrication récente — Décision des juges majoritaires de la Cour d'appel concluant qu'il n'y a pas lieu d'écarter le verdict du jury malgré les erreurs commises par le juge du procès — Conclusion du juge dissident portant que la réparation convenable consiste à écarter les acquittements et à ordonner un nouveau procès — Nouveau procès ordonné à l'égard de toutes les accusations.

R. c. S.B., 248.

10. Mise en liberté provisoire — Appels — Rejet par le juge d'appel d'une demande de mise en liberté en attendant l'issue de l'appel au motif que le demandeur n'a pas établi que sa détention n'est « pas nécessaire dans l'intérêt public » suivant l'art. 679(3)c) du Code criminel — Considérations de politique générale et principes qui devraient guider les cours d'appel lorsqu'elles sont appelées à décider si une personne qui a été déclarée coupable d'un crime grave et condamnée à une longue peine d'emprisonnement devrait être mise en liberté sous caution en attendant qu'il soit statué sur son appel — Interprétation et application appropriées de l'art. 679(3)c) du Code criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 679(3)c).

R. c. OLAND, 250.

11. Mise en liberté provisoire — Audience de révision — Norme de contrôle — Rejet par le juge d'appel d'une demande de mise en liberté en attendant l'issue de l'appel — Juge en chef de la Cour d'appel ordonnant la révision de cette décision par une formation de trois juges conformément à l'art. 680(1) du Code criminel — Critère applicable par le juge en chef lorsqu'il est appelé à décider s'il convient ou non d'ordonner une révision par une formation — Norme de contrôle applicable par la formation de révision — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 680(1).

R. c. OLAND, 250.

12. Preuve — Appréciation — Crédibilité des témoins — Conclusion de la Cour d'appel portant que le verdict de culpabilité est raisonnable et compatible avec la preuve — Déclarations de culpabilité confirmées.

R. c. SAVARD, 400.

13. Dépens — Avocats — Tribunaux — Compétence — Cour supérieure rejetant les requêtes d'un avocat de la défense sollicitant la délivrance de brefs de prohibition

**DROIT CRIMINEL — (Suite)**

et condamnant celui-ci personnellement au paiement des dépens — Condamnation annulée en appel — Critères et processus régissant l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir d'infliger une telle sanction à un avocat — La condamnation personnelle aux dépens était-elle justifiée en l'espèce? — La Cour d'appel a-t-elle erré en substituant son opinion à celle de la Cour supérieure?

QUÉBEC (DIRECTEUR DES POURSUITES CRIMINELLES ET PÉNALES) c. JODOIN, 478.

14. Mise en liberté provisoire — Refus à l'accusé d'une mise en liberté provisoire au motif qu'il ne satisfait pas aux critères géographiques prévus à l'art. 515(2)e) du Code criminel, critères applicables pour que puisse être exigé un dépôt d'argent, en plus de la caution, comme condition de la mise en liberté — Principes et lignes directrices régissant l'application des dispositions en matière de mise en liberté provisoire — Interprétation et application appropriées de l'art. 515(2)e) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(2)e).

R. c. ANTIC, 509.

15. Preuve — Oûi-dire — Admissibilité — Exception raisonnée à la règle du oûi-dire — Déclaration relatée d'un co-accusé admise en preuve par le juge du procès — Dans quelles circonstances un juge du procès peut-il se fonder sur une preuve corroborante pour conclure que le seuil de fiabilité d'une déclaration relatée est établi?

R. c. BRADSHAW, 865.

16. Preuve — Admissibilité — Certificat attestant les résultats de l'analyse d'échantillons d'haleine — Accusation de conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite légale — Régime législatif prévoyant des raccourcis en matière de preuve qui, à certaines conditions, permettent au ministère public d'établir au procès, par le dépôt d'un certificat attestant les résultats de l'analyse des échantillons d'haleine recueillis, l'alcoolémie de l'accusé au moment où il aurait commis l'infraction — L'énoncé « conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3) » du Code criminel a-t-il pour effet de subordonner l'application des raccourcis en matière de preuve à la légalité de l'ordre du policier de fournir un échantillon d'haleine? — La décision antérieure de la Cour selon laquelle l'existence de motifs raisonnables de donner cet ordre ne conditionne pas l'application des raccourcis est-elle toujours valable? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 258(1)c), g).

R. c. ALEX, 967.

**DROIT CRIMINEL** — (Fin)

17. Moyens de défense — Erreur sur l'âge — Appels — Compétence de la Cour d'appel — Verdict d'acquiescement — Accusée inculpée d'infractions sexuelles contre un jeune — Ouverture de la défense d'erreur sur l'âge limitée par l'obligation faite aux accusés de démontrer qu'ils ont pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge des plaignants — Le juge du procès a-t-il commis des erreurs de droit lors de son analyse des mesures raisonnables? — Dans l'affirmative, ces erreurs étaient-elles suffisamment importantes pour justifier l'intervention de la Cour d'appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 150.1(4).

R. C. GEORGE, 1021.

---

**DROIT DES PROFESSIONS**

1. Avocats et procureurs — Barreau — Règles — Norme de contrôle — Loi sur la profession d'avocat conférant le pouvoir aux conseillers de la Société du Barreau du Manitoba d'adopter des règles applicables à l'ensemble de ses membres — Norme de contrôle applicable aux règles adoptées par le Barreau.

GREEN C. SOCIÉTÉ DU BARREAU DU MANITOBA, 360.

2. Avocats et procureurs — Formation professionnelle continue — Permis d'exercice d'un avocat suspendu par le Barreau pour non-respect des Règles de la Société du Barreau du Manitoba qui prévoient une formation professionnelle obligatoire — Décision sollicitée par un avocat, déclarant que les règles contestées sont invalides parce qu'elles prescrivent la suspension du droit de pratique en cas de non-respect, et ce, sans droit d'être entendu et sans droit d'appel — Les règles sont-elles valides compte tenu du mandat conféré au Barreau par la Loi sur la profession d'avocat, C.P.L.M., c. L107?

GREEN C. SOCIÉTÉ DU BARREAU DU MANITOBA, 360.

---

**DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

Tribunaux — Compétence — Choix du tribunal — Clauses d'élection de for — Contrat d'adhésion en matière de consommation — Exploitation d'un réseau social en ligne par une entreprise dont le siège est situé en Californie — Présence dans les conditions d'utilisation de l'entreprise d'une clause d'élection de for attribuant compétence

**DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ** — (Fin)

aux tribunaux de la Californie — Action d'une résidente de la Colombie-Britannique membre du réseau social alléguant la commission par l'entreprise d'un délit civil prévu dans la Privacy Act de la Colombie-Britannique — Y a-t-il lieu de suspendre l'action en raison de la clause d'élection de for que renferment les conditions d'utilisation? — Application à un contrat de consommation du test de common law qui vaut à l'égard des clauses d'élection de for — L'analyse que commande la clause d'élection de for devrait-elle être assimilée à celle que commande la règle du forum non conveniens adoptée à l'art. 11 de la Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act? — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 4 — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, art. 11.

DOUEZ C. FACEBOOK, INC., 751.

---

**DROITS DE LA PERSONNE**

Pratiques discriminatoires — Discrimination fondée sur une déficience mentale ou physique — Dépendance aux drogues — Politique de l'employeur visant à assurer la sécurité qui oblige les employés à révéler tout problème de dépendance ou d'accoutumance avant qu'un incident lié à la drogue ne survienne — Employé impliqué dans un accident — Obtention par l'employé d'un résultat positif à un test de dépistage de drogues — Employeur congédiant l'employé en vertu de la politique — L'employé a-t-il été congédié en raison de sa dépendance ou parce qu'il a violé la politique? — Si le congédiement constitue de la discrimination *prima facie*, l'employeur s'est-il acquitté de son obligation de composer avec l'employé tant qu'il n'en résulte pas pour lui une contrainte excessive? — Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 2000, c. H-14, art. 7(1).

STEWART C. ELK VALLEY COAL CORP., 591.

---

**INJONCTIONS**

Injonction interlocutoire — Tiers — Entreprise de technologie intentant une action contre un distributeur pour utilisation et vente illégales de ses éléments de propriété intellectuelle au moyen d'Internet — Entreprise obtenant une injonction interlocutoire intimant à Google, un tiers à l'action sous-jacente, de cesser le listage et le référencement de certains résultats de son moteur de recherche sur Internet

**INJONCTIONS — (Fin)**

— Google peut-elle se voir ordonner, en attendant l'issue du procès sur l'action, de délistier l'ensemble des sites Web d'un distributeur qui utilise, en contravention avec plusieurs ordonnances judiciaires, ces sites pour vendre illégalement les éléments de propriété intellectuelle d'une autre entreprise? — La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait-elle compétence pour accorder une injonction ayant des effets extraterritoriaux? — Dans l'affirmative, était-il juste et équitable qu'elle le fasse?

GOOGLE INC. C. EQUUSTEK SOLUTIONS INC., 824.

---

**PRESCRIPTION**

1. Prescription acquisitive — Biens immeubles — Publicité des droits — Possession utile d'un espace de stationnement situé sur le terrain voisin pendant plus de 10 ans — Demande d'injonction déposée par les nouveaux propriétaires afin que le possesseur cesse de stationner son véhicule sur leur terrain rejetée en Cour supérieure et en Cour d'appel — Disposition du Code civil prévoyant que celui qui a possédé un immeuble à titre de propriétaire pendant 10 ans « ne peut en acquérir la propriété qu'à la suite d'une demande en justice » — Un droit de propriété acquis par prescription mais n'ayant pas fait l'objet d'une demande en justice est-il opposable au nouveau propriétaire de l'immeuble qui a inscrit son titre au registre foncier? — Rôles respectifs de la prescription acquisitive et du régime de la publicité des droits en droit civil québécois — Nature d'un jugement résultant d'une demande de reconnaissance judiciaire du droit de propriété acquis par prescription — Code civil du Québec, art. 922, 2910, 2918.

OSTIGUY C. ALLIE, 402.

2. Prescription extinctive — Point de départ de la prescription — Action en recouvrement d'honoraires professionnels d'avocats — Convention d'honoraires prévoyant un délai de 30 jours pour le paiement des factures — Avocat intentant un recours afin de réclamer des honoraires impayés à la suite de l'envoi de plusieurs factures — Premier juge concluant que le recours est prescrit, car initié plus de trois ans après la date de chacune des factures — Cour d'appel estimant plutôt que la prescription ne court qu'une fois expiré le délai de 30 jours prévu à la convention pour le paiement de chaque facture — À quelle date le droit de l'avocat de réclamer ses honoraires professionnels a-t-il pris naissance?

**PRESCRIPTION — (Fin)**

— L'action est-elle prescrite? — Code civil du Québec, art. 2880 al. 2.

PELLERIN SAVITZ S.E.N.C.R.L. C. GUINDON, 575.

---

**PROCÉDURE CIVILE**

Outrage au tribunal — Connaissance requise — Défaut par un demandeur non représenté de se conformer à des ordonnances relatives à la gestion de l'instance et de se présenter à des rencontres de gestion d'instance après avoir déménagé sans communiquer au tribunal son changement d'adresse comme il était tenu de le faire — Décision de la juge chargée de la gestion de l'instance radiant la demande, déclarant le demandeur coupable d'outrage au tribunal et adjugeant les dépens en faveur des défendeurs — Arrêt de la Cour d'appel confirmant cette décision à la majorité — Opinion dissidente concluant que le défaut du demandeur de se présenter aux rencontres de gestion d'instance ne représentait pas un outrage au tribunal et que la condamnation aux dépens constituait une conséquence disproportionnée par rapport à l'omission d'avoir communiqué le changement d'adresse — Preuve de la connaissance réelle par le demandeur des ordonnances en cause requise pour justifier sa condamnation pour outrage au tribunal — Rétablissement de l'action en justice et annulation de la condamnation aux dépens — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, art. 10.52(3)(a)(iii).

PINTEA C. JOHNS, 470.

---

**PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

Brevets — Médicaments — Validité — Brevet pharmaceutique invalidé pour absence d'utilité sur le fondement de la doctrine de la promesse du brevet — La doctrine est-elle l'approche qu'il convient d'appliquer pour déterminer, comme l'exige l'art. 2 de la Loi sur les brevets, si une invention est suffisamment utile? — Le médicament pour lequel le brevet a été accordé était-il « utile » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 2 de la Loi sur les brevets à la date de dépôt? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, c. P-4, art. 2 « invention ».

ASTRAZENECA CANADA INC. C. APOTEX INC., 943.

---

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS  
PERSONNELS**

Tribunaux — Compétence — La Privacy Act de la Colombie-Britannique prévoit que, malgré les dispositions de toute autre loi, la Cour suprême de cette province connaît de toute action fondée sur ses dispositions — Elle ne fait aucune mention des stipulations contractuelles — A-t-elle préséance sur les clauses d'élection de for? — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, art. 4.

DOUEZ C. FACEBOOK, INC., 751.

---

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Négligence — Véhicules automobiles — Préjudice mental — Dommages-intérêts — Poursuite pour négligence par suite d'un accident de la route — Octroi en première instance d'une indemnité pour préjudice mental sur la foi du témoignage de profanes plutôt qu'à partir d'une preuve d'expert établissant un diagnostic précis — En quoi consiste le préjudice mental? — Sa réparation exige-t-elle le témoignage d'un expert ou quelque autre preuve d'un trouble psychiatrique reconnu? — Le demandeur a-t-il subi un préjudice? — L'affaire devrait-elle être renvoyée à la Cour d'appel?

SAADATI C. MOORHEAD, 543.

---

**RESSOURCES NATURELLES**

Forêts — Permis et licences — Réduction par la province de l'accès d'une entreprise forestière aux améliorations situées sur des terres de la Couronne qui servent à couper du bois — Désaccord des parties sur le montant de l'indemnité due à l'entreprise forestière et recours par celles-ci à l'arbitrage — La conclusion de l'arbitre selon laquelle il est possible d'évaluer les pertes de l'entreprise forestière selon la méthode du coût de remplacement déprécié était-elle raisonnable? — Forestry Revitalization Act, S.B.C. 2003, c. 17, art. 6(4).

TEAL CEDAR PRODUCTS LTD. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 688.

---



ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scs-csc.ca